



**Universidade de Brasília – UnB**  
**Faculdade de Direito**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB ATAQUE:  
A VISÃO DE JEREMY WALDRON**

**ADELMAR DE MIRANDA TÔRRES**

**Brasília**

**2014**

**ADELMAR DE MIRANDA TÔRRES**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB ATAQUE:  
A VISÃO DE JEREMY WALDRON**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade de Brasília como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharelado em Direito, sob a orientação do Professor Doutro Juliano Zaiden Benvindo.

**Brasília**

**2014**

**ADELMAR DE MIRANDA TÔRRES**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB ATAQUE:  
A VISÃO DE JEREMY WALDRON**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília à banca examinadora composta por:

---

**JULIANO ZAIDEN BENVINDO**

Prof. Dr. e Orientador

---

**ALEXANDRE ARAÚJO COSTA**

Prof. Dr. e Examinador

---

**LARISSA MIZUTANI**

Prof. Ms. Sc. e Examinadora

## AGRADECIMENTOS

Toda a vez que atingimos um objetivo na vida sempre se torna imperativo a reflexão sobre os verdadeiros artífices desse sonho realizado. Não resta dúvida, pelo menos na minha humilde ótica, de que há pelo menos quatro arquitetas dessa modesta obra.

A primeira é, sem dúvida, algo divino, abstrato, ontológico, metafísico: Deus, que guiou este cego cristão não muito firme por esse caminho inusitado, pelo menos para homens e mulheres de minha idade.

A segunda arquiteta dessa minha jornada jurídica é a minha família nuclear: a minha amada Márcia e os meus amados filhos: Paulo e Cecília. Eles foram decisivos, pois gratuitamente me ofertaram amor, carinho e compreensão, para que eu mantivesse a perseverança, a motivação e o comprometimento, sem os quais eu não poderia ter chegado à conclusão do meu intento.

A terceira arquiteta dessa luta é um quinteto fantástico, formado pelo meu Pai, primeiro inspirador, pois cursou ciência da computação após ingressar na UnB, por intermédio de vestibular, aos 50 anos, tal como eu: seu irmão siamês; pela minha Mãe, motor de coragem e luta que promove e incentiva as aventuras educacionais/profissionais de seus filhos e marido; e pelos meus irmãos: Tito, Socorro e João, que, liderados e instruídos pelo casal genitor comum, são exemplos vivos de que o estudo, o conhecimento, o mérito e o esforço são os alicerces de uma vida profissional decente e ética.

A quarta arquiteta dessa aventura dialógica é uma família obreira: as companheiras e companheiros da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República, sob a liderança de Luiz Alberto, em especial daquelas que compõe o Núcleo Econômico: Sheila, Welington, Alexandre e Vinicius, que souberam entender e compreender o *leit-motiv* dessa empreitada. Neste último semestre, também recebi o apoio generoso da equipe do Departamento de Coordenação e Governança das Emprestas Estatais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Além da arquitetura, não posso deixar de mencionar que sinto orgulho de pertencer à Turma do 1º semestre noturno de 2010 da UnB. Eles me ensinaram que os alunos da graduação, pelo menos na minha percepção, são mais surpreendentes, cultura e inteligentemente falando, do que os professores.

Por fim, gostaria de agradecer ao professor orientador Juliano e aos demais membros da banca examinadora, em especial à Larissa, que colaboraram na motivação e no construto desta monografia.

*Last but not least*, há uma circunstância crucial que me levou a trilhar o caminho jurídico: a dolorosa experiência, talvez a cruz que devo carregar, de ações penais e civis públicas e tomadas de contas especiais que atravessaram a minha carreira de gestor público, como uma espada no peito, quando eu sequer sabia que o direito, em vez de buscar a justiça ou a verdade absoluta, narra apenas uma das possíveis histórias verossímeis da realidade crua do dia-a-dia – verdades relativas de um fato –, construídas por intermédio do saber, da retórica e da escrita, tentando decifrar a insondável realidade concreta, diante de um dado ordenamento jurídico.

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – As características das hipóteses de Waldron.....	19
Quadro 2 – Análise do impacto das razões referentes a resultados sobre processos decisórios.....	23
Quadro 3 - Análise do impacto das razões referentes a procedimentos sobre processos decisórios.....	25
Quadro 4 – Síntese dos sentidos dos impactos das razões sobre os processos decisórios...	28
Quadro 5 - Os cinco artigos de jornais acadêmicos anglo-americanos de direito mais citados do ano de 2006, compilados por Fred R. Shapiro.....	33
Quadro 6 – Análise positiva de Maus sobre os argumentos de Waldron.....	38
Quadro 7 – Tipos de arranjos do controle fraco de constitucionalidade.....	53
Quadro 8 – Descrição dos estágios práticos para a avaliação empírica do sucesso do controle fraco de constitucionalidade nos países da Commonwealth.....	57
Quadro 9 – Síntese da descrição e da avaliação do controle fraco de constitucionalidade feita por Gardbaum.....	59
Quadro 10 – Avaliação empírica do controle fraco de constitucionalidade empreendida por Rosalind Dixon.....	63

## RESUMO

TÔRRES, Ademar de Miranda. O controle de constitucionalidade sob ataque: a visão de Jeremy Waldron. 2014. 72 f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2014.

Em 2006, o Professor Jeremy Waldron esboçou um formidável “libelo” contra o controle de constitucionalidade: *The Core Case Against Judicial Review*. Esse seminal texto defende sua tese ancorando-se em pressupostos idealizados, em razões procedimentais de legitimidade do processo legislativo e no conceito majoritário de democracia atrelado a uma crítica firme ao temor da “tirania das maiorias”. O presente artigo objetiva descrever uma síntese dos argumentos contidos nesse texto excepcional e identificar algumas de suas importantes repercussões no ambiente acadêmico norte-americano e europeu. Constata-se, de um lado, que as reverberações observadas a respeito do texto de Waldron são inconclusivas, havendo posições favoráveis e contrárias à argumentação desse autor sobre o *judicial review*. De outro, parece pairar certa indeterminação sobre a imperatividade ou não do controle de constitucionalidade, embora se possa admitir a adoção de um controle fraco com vistas a produzir uma linha de convergência entre os defensores e adversários desse instituto. Contudo, as avaliações empíricas do controle fraco de constitucionalidade implantado em países da *Commonwealth*, elaboradas por dois importantes estudiosos, são diametralmente opostas. Com efeito, ainda não é possível afirmar-se que o controle fraco de constitucionalidade seria forma superior ao tradicional *judicial review*.

**Palavras-chave:** controle de constitucionalidade; democracia; decisão majoritária; legitimidade; direitos fundamentais.

## ABSTRACT

TÔRRES, Ademar de Miranda. *The judicial review under attack: the vision of Jeremy Waldron*. 2014. 72 f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2014.

In 2006, Professor Jeremy Waldron outlined a formidable “indictment” against judicial review: *The Core Case Against Judicial Review*. This seminal text defends his thesis by anchoring on idealized assumptions, on reasons of procedural legitimacy of the legislative process and on the concept of majoritarian democracy coupled with a strong critique to the fear of the “tyranny of the majority”. This paper aims to describe a summary of the arguments contained in this exceptional text and identify some of its important impacts on the American academic environment. It appears, on one hand, that the impacts observed regarding the text of Waldron are inconclusive, with positions for and against the arguments of this author on judicial review. On the other hand, certain indeterminacy seems to hover on the imperative of judicial review, although it can be assumed the adoption of a weak form of judicial review, in order to produce a line of convergence between proponents and opponents of this institute. However, empirical assessments of the weak form of judicial review deployed in Commonwealth countries, prepared by two leading scholars, are diametrically opposed. In reality, it is not yet possible to state that the weak form of judicial review would be a superior way superior to the traditional judicial review.

**Keywords:** judicial review; democracy; majoritarian decision; legitimacy; individual rights.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 A VISÃO DE WALDRON: UM CASO ROBUSTO CONTRA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>15</b>
2.1 Delimitações do conceito de controle de constitucionalidade trabalhado por Waldron.....	16
2.2 As hipóteses de Waldron que suportariam o argumento sobre a não imperatividade do controle de constitucionalidade.....	18
2.3 O núcleo da argumentação de Waldron contra o controle de constitucionalidade.....	20
2.4 Sobre a tirania da maioria.....	28
<b>3 AS REPERCUSSÕES DA VISÃO DE WALDRON.....</b>	<b>32</b>
3.1 As críticas positivas sobre o posicionamento de Waldron: a exigência da legitimidade democrática e da autonomia da soberania popular para o controle de constitucionalidade.....	33
3.2 Os senões propostos pelos adversários da posição de Waldron: o controle como instrumento redutor dos erros nos julgamentos de direitos fundamentais, de solidariedade democrática e de proteção de minorias contra a regra de decisão majoritária.....	39
<b>4 A HIPÓTESE DO CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FOMA CONCILIADORA ENTRE WALDRON E SEUS CRÍTICOS.....</b>	<b>52</b>
4.1 O controle fraco de constitucionalidade ( <i>weak form of judicial review</i> ).....	52
4.2 A avaliação do modelo: critérios de sucesso e de insucesso de sua empiria.....	56
4.3 A visão cética sobre o controle fraco de constitucionalidade.....	62
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>71</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Em 2013, os EUA comemoraram duzentos e dez anos do caso *Marbury vs Madison*,<sup>1</sup> considerado o marco de criação da autoridade da Suprema Corte americana para considerar leis federais como inconstitucionais, ou seja, o início do controle de constitucional norte-americano.<sup>2</sup> De acordo com Barroso, considera-se o controle de constitucionalidade como “[...] uma das formas de exercício da jurisdição constitucional, [esta designada como] [...] a aplicação da Constituição por juízes e tribunais”, ou seja, o controle é exercido pelo Poder Judiciário.<sup>3</sup> Diante dessa formidável criação, os pensadores do direito americano, pelo menos até o final do século 20, a consideravam digna de aprovação generalizada.<sup>4</sup>

Entretanto, alguns renomados acadêmicos norte-americanos iniciaram, no início do século XXI, um novo ataque consistente contra a aparente imperatividade do controle de constitucionalidade.<sup>5</sup> Com efeito, eles redescobriram e revisitaram a crítica à dificuldade contramajoritária<sup>6</sup> do controle de constitucionalidade elaborada inicialmente por Alexandre Bickel nos anos sessenta no século passado.<sup>7</sup>

De acordo com a renomada professora, Pamela Karlan, da *Stanford Law School*:

*Bickel coined the phrase “counter-majoritarian difficulty” to describe the fact that ‘when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not [on] behalf of*

---

<sup>1</sup> O caso *Marbury v. Madison* de 1803 apresentou uma importante questão sobre o controle de constitucionalidade diante da constituição americana. Diante do questionamento se os tribunais teriam o poder do controle de constitucionalidade, a Suprema Corte americana, na figura de seu presidente John Marshall, afirmou que é poder das cortes “dizer o que a lei é” (Fallon, 2004: 16). A defesa do controle de constitucionalidade de Marshall baseou-se em dois argumentos teóricos generalistas: (i) pelo princípio essencial às constituições escritas de que toda lei repugnante à Constituição é vazia; (ii) é parte da função jurisdicional determinar se a lei é inconstitucional. (Siegel, 2012: 1154).

<sup>2</sup> Prakash e Yoo, 2003: 887.

<sup>3</sup> Barroso, 2012: 25.

<sup>4</sup> Siegel, 2012: 1147.

<sup>5</sup> Pode-se destacar os seguintes críticos do controle de constitucionalidade: (1) Mark Tushnet no seu artigo: *Taking the Constitution away from the Courts* (1999); (2) Larry D. Kramer no seu livro: *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review* (2004); e (3) Jeremy Waldron no seu artigo: *The core case against judicial review* (2005).

<sup>6</sup> O mestre Luís Roberto Barroso, apresenta uma síntese interessante do pensamento de Alexandre Bickel acerca da dificuldade contramajoritária: “A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (*judicial review*) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) [Q]uando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial.” (Barroso, 2012: 11.)

<sup>7</sup> Siegel, 2012: 1147.

*the prevailing majority, but against it.’ How could judicial review be justified in a constitutional system that prizes democracy?*<sup>8</sup> (grifo nosso).

Em que pese a dificuldade contramajoritária, a qual pode ser traduzida pelo questionamento identificado ao final da citação de Pamela Karlan, Bickel entendia que, no âmbito do controle de constitucionalidade, os ministros da Suprema Corte teriam habilidade superior para interpretar e aplicar a Constituição. Porém, os críticos contemporâneos do controle o atacam afirmando que o texto constitucional deve ser “enforced” diretamente pelo povo ou por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos.<sup>9</sup>

De toda sorte, o instituto do controle de constitucionalidade, para a teoria da democracia, é considerado um “bete noire”,<sup>10</sup> haja vista que “[...] mesmo os seus mais ardorosos defensores se sentem desconfortáveis quando chamados a defender esse instituto, que parece depender, ou mesmo expressar, um profundo descrédito ou desdém para com os representantes eleitos pelo povo.”<sup>11</sup> Exemplo desse desconforto é dado por Pamela Karlan – defensora do “judicial review” (controle de constitucionalidade) -, ao afirmar que:

*Ely’s theory of judicial review, rooted in the Warren Court years, rests on the view that ‘constitutional law appropriately exists for those situations where representative government cannot be trusted, not those where we know it can’.*<sup>12</sup> (grifo nosso).

De fato, a controvérsia sobre o controle de constitucionalidade tem como arena central o papel que esse instituto exerce num sistema democrático de governo, no qual há um embate entre dois poderes da República, de um lado, um Legislativo composto por membros eleitos; e, de outro, o Judiciário integrado por membros indicados pelo Executivo.

A imagem de que os dois poderes se digladiam numa arena é bem próxima de outra que enxerga metaforicamente o controle de constitucionalidade como um guardião. Inicialmente o guardião era visto como aquele que deveria restringir a ação dos demais poderes, em particular do Legislativo, em virtude de que o poder Judiciário seria mais

<sup>8</sup> Karlan, 2012: 14. Tradução livre: “Bickel cunhou a expressão ‘dificuldade contramajoritária’ para descrever o fato de que ‘quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato do Legislativo ou do Executivo, ela contraria a vontade dos representantes do povo, o povo real do aqui e do agora; ela realiza exercícios de controle, não em nome da maioria dominante, mas sim contra ela.’ Como poderia o controle de constitucionalidade ser justificado num sistema constitucional que preza a democracia?”

<sup>9</sup> Siegel, 2012: 1147.

<sup>10</sup> Expressão francesa que significa algo ou alguém que incomoda, perturba ou assombra.

<sup>11</sup> Elyon e Harel, 2006: 992.

<sup>12</sup> Karlan, 2012: 11, grifo nosso. Tradução livre: “A Teoria de Ely sobre o controle de constitucionalidade, enraizada nos anos Corte de Warren, tem como perspectiva a de que ‘o direito constitucional propriamente existe para as situações em que o governo representativo não é confiável, e não aqueles em que sabemos que é’.”

distanciado da política, bem como em razão de sua natureza deliberativa, moderadora e parcimoniosa. Recentemente, o guardião é visto primordialmente como protetor dos direitos individuais diante da disposição inerente aos legisladores de violá-los.<sup>13</sup>

Assim, o controle de constitucionalidade é apresentado como um instituto destinado a corrigir e aprimorar as decisões tomadas pelos demais poderes. Essa vocação seria justificada pela convicção de que o instituto de controle de constitucionalidade constante do ordenamento constitucional, pelo menos na defesa dos direitos individuais, produziria melhores resultados quando o Poder Judiciário é dotado de poder para controlar as normas emanadas pelo Legislativo. Isso seria verdadeiro?

Contrariando a tese que o guardião geraria melhores resultados, surge uma crítica devastadora elaborada por Jeremy Waldron,<sup>14</sup> pois construída para atacar globalmente o controle, afirmando que ela é nefasta para as sociedades democráticas e não somente para o caso americano. Em síntese provocativa, Waldron sugere a abolição por completa do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, reservando as questões constitucionais para serem resolvidas no âmbito exclusivamente político, a partir da redescoberta da dificuldade contramajoritária.<sup>15</sup>

No cenário nacional, há o fenômeno do *ativismo judicial* associado “[...] a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”<sup>16</sup>

Com efeito, essa postura ativista, conforme Barroso, evidencia-se:

[...] por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) **a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição**; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>17</sup> (grifo nosso).

Em que pese o aspecto positivo desse ativismo proporcionado pelo Poder Judiciário, em especial por meio do controle forte de constitucionalidade, representado pelo fato de que o esse poder “[...] está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras

<sup>13</sup> Elyon e Harel, 2006: 992.

<sup>14</sup> WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. **The Yale Law Journal**, p. 1346-1406, 2006.

<sup>15</sup> Siegel, 2012: 1159.

<sup>16</sup> Barroso, 2012: 25.

<sup>17</sup> Ibidem: 25-26.

eleitorais [...]”, há também o lado [fortemente] negativo desse fenômeno, decorrente de que [...] ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica.”<sup>18</sup>

De fato, esse enfraquecimento sistemático do parlamento como lugar privilegiado para resolver demandas importantes da sociedade, seja pela sua ineficiência intrínseca, seja pelo ativismo do Judiciário, vem dando azo ao adiamento rotineiro da reforma do sistema político brasileiro, que, de acordo com Barroso:

**[...] é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil.** Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas **não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.** Um exemplo de como **a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário:** as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei. (grifos nossos).<sup>19</sup>

Assim, o controle de constitucionalidade, tal como verificado também no Brasil, pode ser considerado instrumento poderoso para o crescimento do hodierno ativismo judicial, o qual pode ter como efeitos colaterais indesejáveis: a elevação de riscos para a legitimidade democrática, o crescimento da politização indevida da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para lidar com determinados temas.<sup>20</sup>

Em razão disso, a crítica ao controle forte de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário configura-se como um terreno fértil para pesquisas haja vista, de um lado, o recente questionamento de sua legitimidade numa democracia do porte da norte-americana; e, de outro, em razão do grau exacerbado de ativismo judicial em democracias jovens, tal como a brasileira. Portanto, o estudo crítico do controle de constitucionalidade deve merecer prioridade na produção acadêmica brasileira, para evitar o efeito perverso por ele gerado e detectado por Barroso:

A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da **real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.**<sup>21</sup> (grifo nosso).

<sup>18</sup> Barroso, 2012: 27.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Ibidem: 31.

<sup>21</sup> Ibidem: 32.

Diante desses cenários e a luz do texto desse prestigioso acadêmico norte-americano, objetiva-se nesta monografia descrever, de um lado, uma síntese dos argumentos contidos na visão do Professor Waldron contrária à preponderância do Judiciário como guardião-mor do *judicial review*, examinando: (i) a delimitação do conceito de controle de constitucionalidade com que o autor trabalha; (ii) as hipóteses que suportariam a não imperatividade do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte norte-americana; (iii) o núcleo de sua argumentação contra o controle: existência de razões procedimentais de legitimidade do processo legislativo e no conceito majoritário de democracia; e (iv) a questão da tirania da maioria.

De outro lado, explora-se a repercussão do artigo de Waldron no ambiente acadêmico, para identificar e avaliar suas críticas positivas e negativas, trilhando-se os seguintes caminhos críticos: (i) a exigência da legitimidade como discurso e característica democrática ; (ii) a autonomia e soberania popular; e (iii) o significado da democracia como filosofia e proteção das minorias contra a regra da decisão majoritária.

O empreendimento de descrição do artigo de Waldron e o exame de suas críticas podem conduzir a impressão de que as conclusões e repercussões observadas a respeito do texto de Waldron seriam inconclusivas normativamente, pois há posições favoráveis e contrárias à argumentação desse autor sobre o *strong judicial review*. Com efeito, parece pairar certa indeterminação sobre a imperatividade ou não do controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, a hipótese a ser investigada seria a possibilidade de se adotar um controle fraco de constitucionalidade, como solução mitigadora dos problemas apontados por Waldron e pelos seus críticos, produzindo, assim, uma linha de convergência entre os defensores e adversários desse instituto.

Com efeito, essa hipótese tem como marco teórico os trabalhos de Rosalind Dixon e Stephen Gardbaum,<sup>22</sup> os quais investigam as diferenças entre os controles de constitucionalidades existentes nos EUA e nos países da Commonwealth. Esses estudos de direito comparado tentam evidenciar as diferenças entre o controle de constitucionalidade forte - americano - e fraco - modelo *commonwealth* -, enxergando nesse último qualidades que o faria superior ao primeiro.

---

<sup>22</sup> DIXON, Rosalind. *Weak-form judicial review and american exceptionalism*. 2011; GARDBAUM, Stephen. *Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism*. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, p. 167-206, 2010.

Esse novo modelo de controle fraco de constitucionalidade é definido como sendo aquele em que as cortes constitucionais têm autoridade ampla para interpretar a provisão dos direitos constitucionais, mas o Poder Legislativo tem o poder de derrogar as decisões da corte suprema por maioria simples de votos.<sup>23</sup>

Para alcançar o objetivo pretendido, a presente monografia, além desta breve introdução, examina no segundo capítulo os principais argumentos dos textos de Waldron, com vistas a identificar a robustez de seu embate contra o controle de constitucionalidade, explorando a argumentação elaborada por esse autor no seu seminal artigo *The Core of the Case Against Judicial Review*, analisando-se: a definição do controle de constitucionalidade com que ele que trabalha; as hipóteses que suportam sua conclusão de que o controle de constitucionalidade é despiciendo, além de avaliar as condições em que elas não se aplicariam; a característica geral do argumento central que defende a inexistência do controle sob o prisma de razões de resultados e procedimentais; e a fragilidade do argumento que sustenta o império do controle de constitucionalidade: a tirana da maioria. No capítulo 3, analisa-se a repercussão do artigo de Waldron na academia, examinando-se, inicialmente, os impactos objetivos de seu artigo; em seguida, os apoios que recebeu, em especial de Allan Hutchinson, Ori Aronson e Ingebor Maus; e, por fim, as críticas que surgiram, em especial de seu contraponto mais direto, ou seja, o texto do Professor Richard Fallon: *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, e de outros textos acadêmicos contemporâneos, particularmente o de Michael Halley e do maior opositor de Waldron: Ronald Dworkin. No capítulo 4, discute-se a hipótese da adoção do controle de constitucionalidade fraco, a partir da reflexão crítica de Rosalind Dixon e otimista de Stephen Gardbaum, que comparam as experiências americana e da *Commonwealth*, sob o prisma normativo e empírico, além de oferecer uma breve descrição da avaliação empírica de Gardbaum sobre o relativo sucesso desse novo modelo e de Dixon acerca de seu ceticismo sobre a prática do controle fraco de constitucionalidade. O capítulo 5 oferece breves considerações finais.

---

<sup>23</sup> Dixon, 2011: 1.

## 2 A VISÃO DE WALDRON: UM CASO ROBUSTO CONTRA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No seu estudo pioneiro, Waldron rejeita a conclusão de Bickel de que o controle de constitucionalidade pelo Judiciário seja um instituto melhor para interpretar e fazer valer o texto constitucional, argumentando, contrariamente, que os princípios democráticos demandariam que restrições ao processo democrático sejam interpretadas e impostas democraticamente.<sup>24</sup>

Ademais, Waldron ressalta no texto que a teoria democrática não explica como a sociedade pode dar o devido respeito e peso a uma decisão acerca de questões constitucionais prolatada por um grupo de agentes políticos (ministros da Suprema Corte), nem deslinda porque estes magistrados devam solucionar suas divergências por maioria de votos.<sup>25</sup>

Diante desse desafio, o objetivo central de Waldron no artigo em exame é identificar um argumento normativo robusto contra o controle de constitucionalidade que seria independente de manifestações históricas de precedentes memoráveis e de questões sobre particulares efeitos dele decorrentes.

Nesse sentido, ele ataca o controle de constitucionalidade no plano abstrato, com vistas a evitar o julgamento desse instituto a partir de consequências particulares de seu uso, fugindo, assim, da seguinte crítica:

*Charles Black once remarked that, in practice, opposition to judicial review tends to be 'a sometime thing,' with people supporting it for the few cases they cherish (like Brown or Roe) and opposing it only when it leads to outcomes they deplore. In politics, support for judicial review is sometimes intensely embroiled in support for particular decisions.*<sup>26</sup> (grifo nosso).

Com efeito, Waldron afirma que o controle de constitucionalidade é vulnerável em dois pontos. De um lado, ele não fornece um caminho à sociedade para que esta possa ter um foco transparente sobre os problemas reais que estão em jogo quando os cidadãos discordam

---

<sup>24</sup> Siegel, 2012: 1159.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Waldron, 2006: 1351. Tradução livre: “Charles Black [Ministro da Suprema Corte Americana] observou uma vez que a oposição ao controle de constitucionalidade, na prática, resume-se a ser 'uma coisa em algum momento', traduzida pelo fato de que as pessoas a apoiam em razão dos poucos casos que estimam (tal como no caso BROWN ou ROE) e opondo-se somente quando ele conduz a resultados que as pessoas deploram [tal como no caso BUSH x GORE]. Na política, o apoio dado ao controle de constitucionalidade é, por vezes, intensamente envolvido no suporte a decisões particulares.”

acerca de seus direitos, haja vista que frequentemente o controle distrai a sociedade com assuntos laterais relativos a precedentes, textos e interpretações.<sup>27</sup>

De outro, o controle de constitucionalidade é politicamente ilegítimo, pois privilegia uma maioria votante entre um número restrito de ministros não eleitos e *unaccountables*. De fato, a ilegitimidade do controle: “[...] *disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights.*”<sup>28</sup>

Nessa esteira e seguindo os passos dados pelo Professor Waldron no seu artigo, serão explorados a seguir os seguintes pontos: limitação do conceito de controle de constitucionalidade estudado por Waldron; estabelecimento das quatro hipóteses norteadoras de sua conclusão; formação das razões que constituem o centro do argumento de Waldron: razões relacionados a resultados e razões referentes a procedimentos; e, finalmente, desconstrução do argumento da tirania da maioria que justificaria o controle de constitucionalidade: seu caráter contramajoritário.

## 2.1 DELIMITAÇÕES DO CONCEITO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE TRABALHADO POR WALDRON

Em primeiro lugar, Waldron alerta que o seu artigo preocupa-se com o controle forte de constitucionalidade das normas elaboradas pelo Poder Legislativo.<sup>29</sup> Para Waldron, um sistema de controle de constitucionalidade forte seria aquele em que:

---

<sup>27</sup> Waldron, 2006: 1353.

<sup>28</sup> Ibidem. Tradução livre: “[...] desempodera os cidadãos comuns, ao não permitir sua participação (direito de voto), e afasta princípios caros de representação e igualdade políticas da resolução final de questões sobre direitos fundamentais.”

<sup>29</sup> Segundo Pinto Côrrea, o controle forte de constitucionalidade seria aquele que adota estritamente o controle jurisdicional de constitucionalidade, “[...] relegando mecanismos políticos a um papel secundário [...]”, sendo o Poder Judiciário “[...] responsável pela palavra final em matéria de interpretação constitucional.” Já o controle fraco é exemplificado por esse autor da seguinte forma: “A Constituição canadense de 1982, ao prever um mecanismo conhecido como ‘cláusula não obstante’ (*notwithstanding clause*), por meio da qual o Poder Legislativo pode aplicar um determinado diploma normativo, mesmo que ele contrarie o Texto Constitucional (na visão do Judiciário), despertou a atenção de estudiosos, especialmente daqueles que possuem ressalvas à prática tradicional do *judicial review*, e inspirou outros países a adotarem mecanismos semelhantes (Inglaterra, Nova Zelândia, Israel). Esta forma de fiscalização de constitucionalidade das leis, aqui chamada de controle brando de constitucionalidade (*weak-form judicial review*), sugere que o Judiciário, embora exerça um papel relevante na interpretação dos dispositivos constitucionais, não deve possuir a prerrogativa de deter a última palavra. Valoriza-se, assim, o componente democrático, de modo a permitir aos representantes do povo que afirmem de maneira definitiva quais são, precisamente, os compromissos básicos daquela sociedade.” (Pinto Côrrea, 2010: 26).



*[...] courts have the authority to decline to apply a statute in a particular case (even though the statute on its own terms plainly applies in that case) or to modify the effect of a statute to make its application conform with individual rights (in ways that the statute itself does not envisage). Moreover, courts in this system have the authority to establish as a matter of law that a given statute or legislative provision will not be applied, so that as a result of stare decisis and issue preclusion a law that they have refused to apply becomes in effect a dead letter. A form of even stronger judicial review would empower the courts to actually strike a piece of legislation out of the statute-book altogether.*<sup>30</sup>

Segundo, Waldron trabalha com um conceito de controle de constitucionalidade que fornece uma atenção especial ao lugar que os direitos individuais ocupam no sistema constitucional de uma determinada sociedade. Porém, afirma que esse não seria exatamente o caso dos EUA, em que o controle de constitucionalidade tanto é orientado para garantir os direitos individuais quanto para proteger direitos estruturais<sup>31</sup>, tornando inconstitucionais leis que os desrespeitam.

Para Waldron, em algumas circunstâncias, esses dois tipos de normas (protetoras de direitos individuais e estruturais) poderiam gerar inconsistências quando incidente o controle de constitucionalidade sobre elas. Por exemplo: “[...] *textualism may seem appropriate for structural issues, but it can easily be made to seem an inappropriate basis for thinking about rights, even when the rights are embodied in an authoritative text.*”<sup>32</sup>

Terceiro, o controle de constitucionalidade é praticado *ex post*, ou seja, ele é praticado num contexto particular de procedimentos processuais legais, algumas vezes muito distante do tempo em que a norma – objeto do controle - entrou em vigor. Para Waldron: “*For some*

<sup>30</sup> Waldron, 2006: 1354. Tradução livre: “[No sistema de controle de constitucionalidade forte], os tribunais têm autoridade para recusar a aplicação de uma norma em um caso particular (embora a norma em seus próprios termos pudesse ser aplicada claramente ao caso) ou modificar o efeito de uma lei para tornar a sua aplicação em conformidade com os direitos individuais fundamentais (mesmo que a própria norma não preveja o efeito modificado). Além disso, os tribunais nesse sistema possuem a autoridade para estabelecer como uma questão de direito que determinada norma ou dispositivo legal não seja aplicado, de modo que, como resultado do *stare decisis* [doutrina segundo a qual as decisões de um órgão judicial criam precedentes (jurisprudência) e vinculam as que vão ser emitidas no futuro, tal como as súmulas vinculantes no ordenamento jurídico pátrio] e da questão preclusiva, a recusa da aplicação da norma ou do dispositivo os tornam na realidade letra morta. Uma forma de controle de constitucionalidade ainda mais forte seria conceder prerrogativa aos tribunais para banir do ordenamento jurídico determinada norma ou dispositivo legal.”

<sup>31</sup> Direitos estruturais: são aqueles referentes, por exemplo, aos princípios de separação dos poderes e do federalismo constante do texto constitucional americano.

<sup>32</sup> Waldron, 2006: 1357-1358. Tradução livre: “[...] o textualismo [prática de interpretações literais] pode ser apropriado para ser aplicado a questões estruturais, porém ele pode facilmente ser entendido como uma base inapropriada para se pensar sobre direitos fundamentais, mesmo que estes direitos estejam previstos sob a forma de texto autorizativo.”

*defenses of judicial review, the posteriori character of its exercise – its rootedness in particular cases – is important, and I shall concentrate on that.*”<sup>33</sup>

Por fim, Waldron considera que o controle de constitucionalidade pode ser exercido na sua modalidade difusa ou concentrada, ou seja, ele pode ser realizado, respectivamente: por um juiz ou tribunal, a respeito da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, relacionada a um caso concreto; ou por meio de uma Suprema Corte especializada. Segundo Waldron:

*Perhaps a specialist constitutional court can do better, though experience suggests that it too may become preoccupied with the development of its own doctrines and precedents in a way that imposes a distorting filter on the rights-based reasoning it considers.*<sup>34</sup>

## 2.2 AS HIPÓTESES DE WALDRON QUE SUPOORTARIAM O ARGUMENTO SOBRE A NÃO IMPERATIVIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Waldron elabora quatro pressuposições que, caso se verifiquem, tornaria despidendo o controle de constitucionalidade. Para ele, a simples confirmação dessas hipóteses dispensaria a utilização de tribunais judiciais para sanar em definitivo disputas sobre direitos individuais, eximiria que as decisões das instituições representativas fossem revistas pelos tribunais e provaria a falta de legitimidade política da jurisdição quando ela derogasse normas legislativas sobre direitos individuais. As quatro hipóteses são apresentadas resumidamente por esse autor da seguinte forma:

*(1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights.*<sup>35</sup> (grifo nosso).

<sup>33</sup> Waldron, 2006: 1359. Tradução Livre: “Para alguns defensores do controle de constitucionalidade, o seu exercício *a posteriori* – enraizado particularmente no controle difuso – é importante, e eu [Waldron] irei me concentrar nesse tipo de exercício.”

<sup>34</sup> Ibidem. Tradução livre: “Talvez um tribunal constitucional especializado seja melhor capacitado para exercer o *judicial review*, embora a experiência sugira que ele também possa se tornar preocupado excessivamente com o desenvolvimento de suas próprias doutrinas e precedentes que, de certa forma, imporá um filtro de distorção sobre o raciocínio baseado em direitos fundamentais que esse órgão considere.”

<sup>35</sup> Ibidem: 1360.

O Quadro 1 a seguir apresenta as principais características dessas quatro hipóteses, estas traduzidas da seguinte forma: **1.** Bom funcionamento das instituições democráticas, inclusive do Legislativo eleito por sufrágio universal; **2.** Bom funcionamento das instituições judiciais, construídas em bases não representativas para julgar lides, resolver disputas e garantir o Estado de Direito; **3.** Comprometimento da sociedade e dos governantes com o respeito aos direitos individuais e das minorias; e **4.** Desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos entre os membros da sociedade comprometidos com o ideal dos direitos individuais.

**Quadro 1 - As Características das Hipóteses de Waldron<sup>36</sup>**

<b>Hipóteses</b>	<b>Características relevantes</b>
<b>1.</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Existência de uma sociedade democrática com história de lutas contra a tirania, ditadura e dominação colonial;</li> <li>✓ Existência de eleições regulares, livres e justas;</li> <li>✓ Elaboração responsável de normas pelo legislativo, havendo mecanismos de salvaguardas, tais como o bicameralíssimo, exames prévio de matérias por comissões especializadas, além de audiência e debates com a sociedade.</li> <li>✓ Existência de pluripartidarismo com engajamento efetivo da sociedade e dos leitos com os partidos.</li> <li>✓ As instituições representativas não precisam ser perfeitas, mas engajadas em seu aperfeiçoamento contínuo.</li> <li>✓ Os debates com a sociedade devem ser realizados num ambiente de cultura democrática, no qual se destacam os valores de deliberação responsável e igualdade política.</li> <li>✓ Capacidade da sociedade e do legislativo para promover mudanças e ajustes para garantir o ideal da igualdade política.</li> <li>✓ As proposições emanadas pela legislatura democrática não precisam ser necessariamente boas ou justas em relação ao seu conteúdo.</li> </ul>
<b>2.</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Instituições judiciárias bem sedimentadas e politicamente independentes.</li> <li>✓ Judiciário composto e avaliado de forma diferenciada do Legislativo, isto é, não por meio de eleições representativas.</li> <li>✓ Tribunais que não atuem por moto próprio ou por referencial abstrato, mas sim para responder uma particular lide interposta por litigantes particulares, num autêntico processo contraditório.</li> <li>✓ Os magistrados possuem grau de escolaridade elevado e status privilegiado no sistema político, possibilitando mantê-los isolados de pressões políticas específicas.</li> <li>✓ Os magistrados compartilham do orgulho nacional de pertencimento democrático, sendo autoconscientes de sua legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade das normas legais.</li> <li>✓ Os juízes de tribunais eventualmente discordam entre si sobre direitos individuais e de minorias, engajando-se em processos decisórios, tal como o Legislativo, que demandam decisões usualmente definidas por maioria simples de votos.</li> </ul>
<b>3.</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ A sociedade acredita na conquista do bem estar por meio do uso de um conceito geral utilitarista.</li> <li>✓ A sociedade aceita a utilização da regra da maioria como um princípio geral da política.</li> </ul>

<sup>36</sup>Waldron, 2006: 1359-1369.

	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ A sociedade entende que os indivíduos possuem certos interesses pessoais e acredita que eles são dotados de certas liberdades que não deveriam ser negadas mesmo que fosse mais conveniente para a maioria das pessoas negá-las.</li> <li>✓ A sociedade defende que as minorias sejam dotadas de um grau de suporte, reconhecimento e proteção que não seriam garantidas em função de seu número ou peso político.</li> <li>✓ O comprometimento da sociedade com os direitos envolve uma consciência do consenso global acerca dos direitos humanos e de sua evolução histórica.</li> <li>✓ Há um debate intenso e vívido sobre os direitos no seio da sociedade.</li> <li>✓ O respeito generalizado sobre os direitos individuais e das minorias faz parte de um consenso sério e maior da sociedade, pois é parte relevante da opinião política da maioria de seus membros e certamente parte de sua ideologia oficial.</li> <li>✓ A sociedade é comprometida com os direitos de tal forma que consta de sua carta constitucional uma declaração de direitos ou algo similar.</li> </ul>
4.	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Há um dissenso na sociedade sobre quais direitos existem e em que extensão esses são aplicáveis.</li> <li>✓ Os dissensos tornam-se visíveis a nível filosófico (e.g.: a inclusão de direitos socioeconômicos como direitos fundamentais), quando se relaciona princípios abstratos de direitos a uma particular norma legislativa (e.g.: se a liberdade religiosa demanda exceções na aplicação de normas gerais) ou no contexto de casos individuais difíceis (e.g.: tolerância à liberdade de opinião e expressão diante de situações de segurança nacional).</li> <li>✓ Os dissensos sobre direitos não são frutos de questões interpretativas no sentido legalista raso, mas sim de questões práticas politicamente relevantes para a comunidade.</li> <li>✓ Os dissensos se referem a escolhas importantes que uma sociedade tem que fazer diante de dilemas morais e política que uma sociedade moderna enfrenta (e.g.: aborto, ação afirmativa, direitos dos suspeitos de crimes, financiamento de campanhas eleitorais, etc.).</li> <li>✓ O comprometimento com os direitos pode ser apaixonado e sincero mesmo quando se trate de temas controversos por excelência. Ou seja, as pessoas podem ter diferentes concepções sobre os direitos, porém não haveria razão para duvidar da sinceridade de sua adesão a eles.</li> <li>✓ Não seria razoável supor que as visões das pessoas sobre complexos e delicados temas sobre os direitos sempre irão convergir para um consenso.</li> <li>✓ O reconhecimento do desacordo é perfeitamente compatível com a existência de uma verdade material sobre direitos e princípios constitucionais.</li> <li>✓ A extensão dos dissensos repousa na inteligência humana ao elaborar formulações abstratas, pois os desacordos não impedem a promulgação de uma carta de direitos.</li> </ul>

Fonte: Waldron, 2006.

### 2.3 O NÚCLEO DA ARGUMENTAÇÃO DE WALDRON CONTRA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A partir das hipóteses formuladas, Waldron apresenta a centralidade de seu argumento contra o controle de constitucionalidade. Ele parte do pressuposto de que os dissensos sobre direitos existentes numa determinada sociedade precisam ser resolvidos. A necessidade de se encontrar uma solução para os dissensos não implica o seu desaparecimento, ao contrário,

significa que uma base comum para uma ação concertada tem que ser construída no calor dos dissensos.<sup>37</sup>

Para Waldron, essa necessidade de se buscar um acordo para os dissensos conduz inexoravelmente levar o debate para a arena legislativa. É nesse espaço que são elaborados as leis, as quais dão azo ao surgimento de questões sobre direitos fundamentais. Nesse momento podem surgir desacordos sobre como aplicar as leis quando estão em jogo questões dessa natureza; e, conseqüentemente, emergir o nascimento do imperativo para a busca de mecanismos de solução para sanar esses dissensos.<sup>38</sup>

Nesse sentido, nasce a imperatividade, em face de desacordos sobre direitos fundamentais, de compartilhar uma teoria de legitimidade do processo decisório para dar fim aos dissensos em disputa. Portanto, deve-se refletir sobre as razões que podem ser subscritas por ambas as partes envolvidas em qualquer desacordo sobre direitos. Logo, para Waldron, encontrar processos decisórios legítimos é condição *sine qua non* para resolver o problema de desacordos morais.<sup>39</sup>

Segundo Waldron, nenhum processo decisório será perfeito, seja ele baseado no controle de constitucionalidade centrado no Poder Judiciário, seja ele alicerçado no processo legislativo sem esse controle. Algumas vezes o resultado desse processo pode conduzir a decisões equivocadas, negando direitos em vez de protegê-los. Contudo, isso é da natureza da política, pois ela padece do “mal” que Richard Wollheim denominou de “paradoxo da teoria da democracia”, descrito por Daniel Butt da seguinte forma:

**Nos casos em que penso que a política pública mais correta para minha comunidade é a contida na alternativa A, mas a maioria deseja votar pelo conteúdo da política da alternativa B, o que eu, como democrata, penso que deveria ser feito – a política A ou a política B?**<sup>40</sup>

Tendo em vista esse paradoxo, Waldron afirma que há dois tipos de razões que precisam ser levadas em conta ao se estabelecer ou avaliar um processo decisório legítimo desenhado para fixar desacordos sobre direitos fundamentais: razões referentes a resultados e razões relativas a procedimentos.<sup>41</sup>

Nas palavras originais de Waldron, as razões referentes a procedimentos “[...] *are reasons for insisting that some person make, or participate in making, a given decision that*

---

<sup>37</sup> Waldron, 2006: 1370.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> Ibidem: 1371.

<sup>40</sup> Butt, 2006: 7.

<sup>41</sup> Waldron, 2006: 1372.

*stand independently of considerations about the appropriate outcome.*”<sup>42</sup> Por outro lado, as razões relativas a resultados “[...] *are reasons for designing the decision-procedure in a way that will ensure the appropriate outcome (i.e., a good, just, or right decision).*”<sup>43</sup>

Por definição, razões referentes a resultados não são, em geral, passíveis de serem compartilhadas por pessoas situadas em campos opostos de um embate sobre direitos fundamentais. Ressalte-se, no entanto, que se soluções equivocadas forem dadas a desacordos, em função do envolvimento de matérias relacionadas a princípios, então direitos fundamentais podem ser violados, o que obrigaria a sociedade, previamente, a se conscientizar da importância de se evitar tais resultados ou pelo menos minimizá-los. De toda sorte, Waldron sustenta que o processo decisório destinado a compor os desacordos tem como pré-requisito, de um lado, ser independente do particular dissenso que pretende solucionar; e, de outro, ter a capacidade de ser reconhecido como legítimo pelos polos opostos nos embates.<sup>44</sup>

Waldron assevera que não só razões referentes a resultados devem influir nas decisões sobre direitos fundamentais, embora sejam importantes, mas também outros tipos de razões devem ser consideradas ao se realizar escolhas acerca do processo decisório que a sociedade irá adotar para solucionar seus dissensos sobre direitos, e.g.: razões relacionadas à autodeterminação, à soberania, à participação.<sup>45</sup>

Waldron destaca o caráter normativo das razões relacionadas com procedimentos e com resultados, afirmando que ambas possuem caráter de urgência deontológica, ou seja, premidas pelo dever, pois estão associadas ao fato de serem destinadas a evitar violações de direitos fundamentais.

Nesse contexto, ele procura responder as seguintes questões:

- (1) Como sopesar as razões pertinentes a resultados e as razões relativas a procedimentos? e
- (2) Qual será o método decisório mais adequado para garantir, ao mesmo tempo, que as partes envolvidas nos desacordos sejam igualmente ouvidas e razoavelmente faça emergir a verdade sobre os direitos envolvidos?

Ele dá uma resposta imediata a esses questionamentos, desatando o impasse, ao afirmar, de um lado, que as razões relativas a resultados são inconclusivas para respaldar um

<sup>42</sup> Waldron, 2006: 1372.

<sup>43</sup> Ibidem: 1373. Tradução livre: “[razões relativas a procedimentos] [...] são aquelas que as pessoas persistentemente empregam, ou participam de seu emprego, num dado processo decisório que se sustentam independentemente de considerações sobre o melhor resultado desse processo.” [...] [razões relativas a resultados] são aquelas envolvidas no *design* do processo decisório, de tal sorte que elas possam assegurar o melhor resultado, isto é, o resultado bom, justo ou correto.”

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> Ibidem: 1374.

processo decisório de controle de constitucionalidade; e, de outro, que as razões referentes a procedimentos operam no sentido de refutar o mecanismo decisório do controle forte de constitucionalidade e deixar incólume o processo decisório legislativo.

Em síntese apertada, Waldron conclui que o processo decisório legislativo, independente das razões empregadas, sai-se melhor do que o performado pelo controle de constitucionalidade: esse é o cerne de seu caso contra o controle constitucionalidade.<sup>46</sup>

Essa conclusão definitiva é fruto da análise minudente do autor acerca dos impactos positivos e negativos das duas espécies de razões vis-à-vis os processos decisórios em disputa: o decorrente do controle de constitucionalidade (Judiciário) e o derivado do Poder Legislativo, a qual é resumida nos Quadros 2 e 3 a seguir:

**Quadro 2 - Análise do impacto das razões referentes a resultados sobre os processos decisórios<sup>47</sup>**

<b>Processo Decisório</b>	<b>Impactos das razões referentes a resultados sobre os processos decisórios</b>	<b>Sentido do Impacto</b>
<b>Típico do controle de constitucionalidade (Poder Judiciário)</b>	✓ Esse processo se aplica melhor para embates binários e não a problemas multifacetados.	<b>Negativo (-)</b>
	✓ É um erro acreditar, como muitos são tentados, que essas razões devam ser associadas exclusivamente a esse processo, pois este pode também ser vítima de vieses (oriundos de interesses pessoais) e de pressões externas sectárias. Por outro lado, a preferência por adotar esse processo – procedimento que os seus protagonistas não são afetados diretamente ou indiretamente pela sua própria decisão – às vezes se torna um empecilho para apreciar de verdade os direitos que estão em jogo.	<b>Negativo (-)</b>
	✓ Há críticas formidáveis contra três vantagens que as razões referentes a resultados dispensariam ao controle de constitucionalidade: (1) a de que os casos apresentados para o escrutínio das cortes são individuais e concretos, estando os magistrados mais preparados e experientes do que os legisladores para lidar com <i>insights</i> morais. Porém isso é um mito: quando os casos chegam às cortes supremas, elas os decidem em termos gerais e abstratos. Geralmente os casos destinados a sofrerem apreciação por meio do controle de constitucionalidade são selecionados pelos <i>advocacy groups</i> com vistas a enfatizar uma política pública em termos abstratos; (2) a de que as cortes apreciam os casos a partir dos preceitos constitucionais textuais relacionados aos direitos fundamentais (“Bill of Rights”). Embora seja uma boa ideia acreditar que as formulações escritas dos direitos fundamentais são elementos importantes para resolver questões de direitos abstratos em jogo, elas podem conduzir a resultados	<b>Negativo (-)</b>

<sup>46</sup> Waldron, 2006: 1375-1376.

<sup>47</sup> Ibidem: 1375-1395.

	<p>adversos: as palavras escritas há tempos atrás podem ser incompatíveis com os dissensos que estão sob exame; o texto constitucional pode engendrar certas leituras e interpretações rígidas e obsessivas, típicas do formalismo inconsequente; ao se concentrar na legitimidade do processo, os magistrados podem se agarrar ao texto e ao debate interpretativo sem se aventurar a discutir as razões morais diretamente que perpassam o caso em exame; o texto constitucional pode distorcer o raciocínio jurídico tanto pelo que afirma quanto pelo que omite (e.g.: os juízes podem dar mais valor aos direitos de propriedade e a liberdade de contratar do que direitos positivos, tais como os direitos econômicos e sociais, descritos usualmente de maneira incompleta no texto constitucional); e (3) a de que as decisões dos magistrados são sempre motivadas. Ao motivar suas decisões, os tribunais estão dando uma prova de que levam a sério a causa em exame, enquanto que os congressistas não. Os fundamentos das decisões dos tribunais invariavelmente procuram pontes de analogia ou de dessemelhança com precedentes judiciais. Assim, as questões morais sobre direitos fundamentais decorrentes de desacordos são, em sua maioria, relegadas a um número reduzido de parágrafos no corpo dos votos proferidos, além de raramente serem discutidas diretamente. Tais comportamentos são derivados da necessidade dos magistrados de legitimar suas decisões, mostrando que estas estão legalmente autorizadas pela constituição, norma legal ou precedentes. Em que pese ser compreensível essa necessidade, ela vai de encontro à alegada preferência do controle de constitucionalidade sobre o legislativo.</p>	
<b>Típico do Poder Legislativo</b>	<p>✓ Considera-se o processo decisório legislativo sujeito a pressões sectárias e indesejáveis quando se trata de direitos a serem protegidos.</p> <p>✓ As estruturas democráticas de participação parecem não dar a devida importância ao fato de se garantir resultados apropriados, em face da sua característica de empoderar as maiorias. Entretanto, essa afirmação não condiz com a realidade, haja vista os mecanismos legislativos tendem a produzir debates maduros sobre as matérias em discussão, dos quais se destacam: as audiências públicas; as votações bicamerais; previsão no processo legislativo de que normas envolvendo direitos fundamentais devem ter seu conteúdo ressaltado.</p> <p>✓ O processo legislativo também está aberto a casos individuais, por meio de audiências, lobbies e debates, existindo uma tendência nos EUA de iniciar a elaboração de normas por meio de casos individuais notórios.</p> <p>✓ Os congressistas fornecem justificativas racionais para os seus votos, tal como os magistrados o fazem. Ocorre que os advogados não são formados para entender as justificativas proferidas por parlamentares, mas sim treinados para compreender as razões elaboradas por juízes.</p> <p>✓ Enquanto os tribunais são distraídos por questões de legitimidade e pela literalidade dos textos constitucionais, o legislativo – apesar dos seus vícios – tende a discutir o</p>	<p><b>Negativo (-)</b></p> <p><b>Positivo (+)</b></p> <p><b>Neutro (≈)</b></p> <p><b>Negativo (-)</b></p> <p><b>Positivo (+)</b></p>



	cerne das questões em exame sobre direitos fundamentais. Ademais, as argumentações legislativas elaboradas, no curso dos debates sobre importantes temas de direitos fundamentais, são surpreendentemente ricas em países que não possuem controle de constitucionalidade.	
--	--	--

Fonte: Waldron, 2006.

**Quadro 3 - Análise do impacto das razões referentes a procedimentos sobre os processos decisórios**

<b>Processo Decisório</b>	<b>Impactos das razões referentes a procedimentos sobre os processos decisórios</b>	<b>Sentido do Impacto</b>
<b>Típico do controle de constitucionalidade (Poder Judiciário)</b>	Há dois questionamentos propostos por Waldron para a legitimidade do controle de constitucionalidade, decorrente de um cidadão $C_n$ que discorda da substância da decisão tomada por uma corte suprema: (1) Por que $n$ magistrados têm que decidir sobre essa matéria? (2) Se têm essa prerrogativa, por que não usam um procedimento que favoreceria a visão que $C_n$ tem da matéria substantiva?	<b>Negativo (-)</b>
	✓ A resposta a primeira pergunta é a de que os magistrados não teriam que decidir sobre direitos fundamentais, pois, de acordo com Waldron: “O sistema de eleições legislativas também não é perfeito, mas evidentemente é superior no campo da questão democrática e dos valores democráticos, quando se compara com a forma indireta [indicados pelo Presidente, este legitimamente eleito] e limitada da legitimidade democrática do Poder Judiciário. Os parlamentares são periodicamente submetidos a crivos de seus eleitores e se comportam considerando suas credenciais eleitorais como fator importante para compor o <i>ethos</i> global de sua participação política na tomada de decisão no ambiente parlamentar. Nada disso se verifica para os magistrados.” <sup>48</sup>	
	✓ A resposta a segunda indagação é diferente do processo legislativo, pois agora: “Eles [magistrados] não representam ninguém. Sua pretensão de participar é funcional, não uma questão de direito.” Além disso, defender o controle de constitucionalidade diante desse segundo questionamento em face do princípio da DM seria sem valor, pois, de um lado, ele seria entendido apenas como um mero mecanismo técnico de decisão sem qualquer aplicação teórico mais consequente; e, de outro, seria justificado com base no Teorema do Júri de Condorcet. <sup>49</sup>	<b>Negativo (-)</b>
	✓ Finalmente, Waldron examina quatro tentativas dos	

<sup>48</sup> Waldron, 2006: 1391.

<sup>49</sup> “O Teorema de Condorcet diz-nos o seguinte: ‘Supondo que temos um grupo  $n$  de votantes, sendo  $n$  ímpar e maior que 1, o qual tem de avaliar uma proposição  $A$ ; e supondo que para qualquer  $p$ , tal que  $1 > p > 0,5$ , cada votante tem uma probabilidade  $p$  de avaliar corretamente se  $A$  é verdadeira ou falsa, e que essa probabilidade é independente da correção das avaliações dos outros votantes; então, a probabilidade de o voto da maioria se encontrar correto é maior que  $p$  e converge para 1 à medida que o número de votantes tende para infinito.’” (Rabinowics e Bovens, 2003 *apud* Fernandes, 2007:229)

	<p>defensores do controle de constitucionalidade para justificar esse instituto como atendendo a razões relativas a procedimentos:</p> <p>(1) As decisões adotadas pelos magistrados não são deles próprios, mas pertencem ao povo que construiu o <i>Bill of Rights</i>. Na realidade, a carta de direitos fundamentais não soluciona desavenças que brotam na sociedade e sejam referentes a direitos individuais de minorias, apenas as embasam;</p> <p>(2) Os magistrados fazem valer apenas os direitos com os quais a sociedade já está anteriormente comprometida. Esse comportamento baseado no modelo de Ulisses<sup>50</sup> só funciona quando os compromissos pré-assumidos pela sociedade são para resguarda-la contra aberrações diversas e não contra mudanças de opinião relacionadas à dissensos genuínos sobre o melhor resultado para a coletividade acerca de direitos fundamentais.</p> <p>(3) Quando os parlamentares discordarem da decisão emitida pela corte constitucional sobre direitos fundamentais, eles podem propor emendas constitucionais para modificar o texto do <i>Bill of Rights</i>. Propor emendas para alteração dos direitos fundamentais exige quóruns qualificados e eventualmente pode abranger cláusulas pétreas, impossíveis de serem alteradas fora de um momento constituinte originário.</p> <p>(4) Os magistrados possuem credenciais democráticas, pois são indicados pelo Poder Executivo e confirmados pelo Parlamento. Embora seja verdadeira a afirmação acima, a questão de fato é comparativa, ou seja: Quem possui maiores credenciais democráticas: os magistrados ou os parlamentares?</p>	<p><b>Negativo (-)</b></p> <p><b>Negativo (-)</b></p> <p><b>Positivo (+)</b></p> <p><b>Neutro (≈)</b></p>
<b>Típico do Poder Legislativo</b>	<p>Há duas perguntas propostas por Waldron para a legitimidade do legislativo, em função de um cidadão <math>C_n</math> que discorda de decisão legislativa sobre direitos fundamentais: (1) Por que esses parlamentares têm o privilégio de decidir sobre direitos fundamentais que afetam toda a sociedade? (2) Se <math>C_n</math> aceita esse privilégio, por que não é dado maior peso aos parlamentares que defendem a visão de <math>C_n</math> sobre a matéria em discussão? As respostas às perguntas acima, segundo Waldron, são, respectivamente:</p> <p>✓ (1) Porque as eleições tratam <math>C_n</math> de forma isonômica aos demais cidadãos para determinar quem serão os</p>	<b>Positivo (+)</b>

<sup>50</sup> “Segundo Elster, o modelo de Ulisses sobre compromissos previamente assumidos são estratégias que as pessoas usam ‘[...] para proteger-se contra as paixões, as mudanças de preferência, e a inconsistência temporal. Eles fazem isso retirando de seu alcance certas opções de escolha a partir do conjunto viável, tornando-as mais dispendiosas ou disponíveis somente após determinado tempo, e isolando-se do conhecimento de sua existência [Ulisses, por exemplo, se amarrrou no mastro de sua embarcação para evitar ser enfeitado pelo canto das sereias, evitando, assim, desviar-se de sua rota traçada].” (Elster, 2000 *apud* Robertson, 2003: 1730).

	<p>parlamentares privilegiados, ou seja, corresponde a uma teoria de eleição legislativa justa;<sup>51</sup> e</p> <p>✓ (2) Porque respeita argumentos de equidade subjacentes ao princípio da decisão majoritária (DM).<sup>52</sup> Waldron afirma que essa regra (DM) deve ser utilizada sempre que se deseja que, diante de desacordos sobre resultados desejados, não exista viés para um lado ou para outro e que cada participante relevante tenha um posicionamento moral que deve ser tratado de forma isonômica no processo. Ademais, a DM é neutra em relação a opiniões divergentes, trata os participantes de forma equânime e confere a cada opinião expressada o maior peso possível compatível com o idêntico peso concedido a todos os participantes. Há, segundo Waldron, uma versão da DM para a escolha dos parlamentares e outra versão para as decisões entre os congressistas. Embora no mundo real a promoção da equidade na participação política por meio de eleições, da representação e do processo legislativo quase sempre não seja perfeito, funciona a hipótese 1 das condicionantes propostas por Waldron, a que garante o funcionamento razoável das instituições democráticas.</p>	<b>Positivo (+)</b>
--	---	---------------------

Fonte: Waldron, 2006.

A partir dos sentidos dos impactos das razões de resultados e das razões de procedimentos sobre os processos decisórios típicos do controle de constitucionalidade e do processo legislativo, de acordo com os Quadros 2 e 3, pode-se deduzir, tal como preconizado por Waldron, que o processo legislativo seria o mais apropriado para solucionar as questões controversas sobre direitos fundamentais, de acordo com a síntese dos sentidos dos impactos mostrados no Quadro 4 a seguir .

Nesse contexto, pode-se concluir que as razões que justificariam o controle de constitucionalidade, conforme Waldron, não seriam respeitadas pelos cidadãos, haja vista que, como anteriormente descritos, os procedimentos legislativos e os arranjos eleitorais são bem razoáveis no sentido de garantir com eficiência os valores democráticos em disputa, enquanto o *judicial review*, nas palavras de Waldron:

*But embedding judicial review in a wider array of modes of citizen participation does not alter the fact that this is a mode of citizen*

<sup>51</sup> “Embora seguindo a formulação de Waldron, não existe uma única ‘teoria de eleições justas’, mas sim uma multiplicidade de formas para se eleger legítimos candidatos a cargos parlamentares, e.g.: pode-se defender fortemente sistemas eleitorais majoritários ou proporcionais.” (Rosen, 2012: 388, tradução nossa).

<sup>52</sup> Segundo Waldron, o princípio da decisão majoritária seria aquele que “[...] sustenta que, quando há desacordos entre membros de uma sociedade acerca de duas ou mais opiniões, os quais devem ser resolvidos em nome de todos, o procedimento mais justo para se escolher a opinião vencedora será por meio de votação, contabilizando os votos de todos e escolhendo a opinião que atraiu o maior número de adeptos.” (Waldron, 2009: 1043, tradução nossa).

*involvement that is undisciplined by the principles of political equality usually thought crucial to democracy.*<sup>53</sup> (grifo nosso).

#### Quadro 4 – Síntese dos sentidos dos impactos das razões sobre os processos decisórios

Razões		Processo decisório Judicial	Síntese	Processo decisório Legislativo	Síntese
Referentes resultados	a	(-); (-); e (-)	(-)	(-); (+); (≈); (-); e (+)	(≈)
Referentes procedimentos	a	(-); (-); (-); (-); (≈); e (+)	(-)	(+); e (+)	(+)

Fonte: Elaboração nossa.

#### 2.4 SOBRE A TIRANIA DA MAIORIA

Um dos argumentos mais utilizados pelos defensores do controle de constitucionalidade é o de que esse instituto visa a dar segurança às minorias contra a tirania das maiorias, derivada do fato de que os processos legislativos democráticos são organizados em bases majoritárias.<sup>54</sup>

A definição de tirania, apresentada por Waldron, é aquela que ocorre quando alguém tem os seus direitos negados. Nesse sentido, será quase sempre inevitável o surgimento das tiranias (recíprocas) quando estão em disputas direitos fundamentais,<sup>55</sup> pois “[...] o lado que defende uma compreensão mais expansiva de um direito sempre pensará que os opositores a essa posição serão potencialmente tirânicos.”<sup>56</sup>

Em função do paradoxo de Wollheim, as instituições democráticas eventualmente adotam e fazem valer decisões incorretas sobre direitos, dando ensejo, assim, a agires tirânicos, tal como seria o caso de qualquer outro processo decisório envolvendo desacordos acerca de direitos fundamentais, inclusive naqueles casos em que os tribunais estão envolvidos. Essa inevitabilidade do desfecho tirânico é agravada pelo fato de ser imposto por

<sup>53</sup> Waldron, 2006: 1395. Tradução livre: “Embora o controle de constitucionalidade possa incorporar uma ampla gama de modos de participação dos cidadãos, isso não altera o fato de que ele seja uma forma participativa que não é disciplinada pelo princípio da igualdade política, este vital para a democracia.”

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> Waldron (2006: 1396) fornece os seguintes exemplos sobre o surgimento inexorável de tiranias recíprocas: “Os defensores do direito ao aborto pensam que os defensores da vida do feto respaldam um posicionamento tirânico em relação a mulheres; mas os defensores da vida do feto (considerado pessoa em sua visão) pensam que os defensores do direito ao aborto sustentam uma posição tirânica em relação aos fetos. Alguns pensam que a ação afirmativa seja tirânica, outros pensam que a não implementação de programas de ação afirmativa seja tirânica.” (tradução livre).

<sup>56</sup> Waldron, 2006: 1395-1396, tradução livre.

uma maioria? (cabe observar que as decisões da corte suprema americana também são tomadas por maioria).<sup>57</sup>

Segundo Waldron, não. Para ele:

*[...] the majoritarian aspect actually mitigates the tyranny, because it indicates that there was at least one non-tyrannical thing about the decision: It was not made in a way that tyrannically excluded certain people from participation as equals.*<sup>58</sup> (grifo nosso).

Waldron examina também o caso “tirânico” em que é afirmado que as maiorias oprimem, discriminam ou reduzem ou negam ou violam ou subordinam os direitos de minorias e de indivíduos. Nesse caso, composto de formas de tirania, opressão e injustiça, o autor afirma que o uso dos termos minorias e maiorias não estão necessariamente vinculados a processos políticos de decisão.

Com efeito, ele distingue os conceitos de maioria e minoria “decisórias” – “*decisional*” majority and minority - (grupos que ganham ou perdem na votação) e os de maioria e minoria “prevalecentes” – “*topical*” majority and minority - (grupos majoritários e minoritários cujos direitos estão em disputa), chamando atenção para o fato de que os casos relevantes são aqueles em que as maiorias ou minorias decisórias coincidem com as maiorias ou minorias prevalecentes.<sup>59</sup>

Com vistas a demonstrar em que condições ocorre efetivamente tirania, Waldron apresenta o seguinte exemplo didático:

*Suppose that there is disagreement in a society about what the rights of a topical minority are. Assuming this disagreement has to be settled, the society will have to deliberate about it and apply its decision-procedures to the issue. Suppose the society uses MD to settle this matter, I take part in this decisionmaking, using my vote, and the side that I vote for loses. I am therefore a member of the decisional minority on this issue. **But so far it has not been shown that anything tyrannical has happened to me. To show that we would have to show two additional things: (1) that the decision really was wrong and tyrannical in its implications for the rights of those***

<sup>57</sup> Waldron, 2006: 1396.

<sup>58</sup> Ibidem. Tradução livre: “[...] o aspecto majoritário, na verdade, atenua a tirania, pois indica que houve pelo menos uma coisa não tirânica sobre a decisão: Ela não foi feita de uma forma que tiranicamente excluiria certas pessoas da participação como iguais.”

<sup>59</sup> Exemplo para entender esses conceitos é dado por Waldron da seguinte forma: Os parlamentares ou ministros da Suprema Corte – aqueles que decidem – podem ter votados com a maioria vitoriosa (decisória) e ao mesmo tempo podem pertencer ou não a grupos que tiveram seus direitos atendidos ou negados por essas decisões: maiorias/minorias prevalecentes. Em termos mais concretos: congressistas brancos (maioria daqueles que irão decidir uma causa relativa a injustiças raciais, logo: maioria decisória) votam para garantir privilégios para os brancos (maioria prevalecente);

*affected; and (2) that I was a member of the topical minority whose rights were adversely affected by this wrong decision.*<sup>60</sup>(grifo nosso).

O exemplo acima mostra com clareza que para se ter uma conversa responsável sobre tirania das maiorias deve-se ter em mente que não há nada de tirânico pelo simples fato de que a opinião de determinado cidadão não é a adotada pela comunidade a que ele pertence – nem sempre as pessoas, incluindo aquelas pertencentes a minorias prevalecentes, possuem os direitos que acreditam ter ou estão equivocadas sobre eles ou quem sabe as maiorias estejam com a razão -, pois o pressuposto de que sua opinião não prevaleça não é um por si só uma ameaça aos seus direitos, ou a sua liberdade ou ao seu bem-estar, desde que a sua opinião tenha sido apreciada nas mesmas condições de igualdade das emitidas pelos demais membros da comunidade.

Em resumo, Waldron afirma que a tirania das maiorias é possível, sendo caracterizada quando ocorre um alinhamento entre minorias decisórias e minorias prevalecentes. Tal alinhamento é verificado nos casos de minorias discretas e insulares apontadas pela famosa nota de rodapé quatro<sup>61</sup> contida no acórdão (*opinion*) do ministro da Suprema Corte americana Harlan F. Stone referente ao caso *United States vs Carolene Products Co.*<sup>62</sup>

Com efeito, Waldron assevera que:

**[...] os adjetivos discretas e insulares são úteis, haja vista que eles não transmitem somente uma ideia de uma minoria alijada do processo político de decisão, configurando uma minoria prevalecente, mas também uma minoria cujos membros estão afastados do resto de sua comunidade, no sentido de não compartilharem vários de seus interesses**

<sup>60</sup> Waldron, 2006: 1397. Tradução livre: “Suponha que há discordância em uma sociedade sobre o significado dos direitos de uma minoria tópica. Assumindo que essa discordância tenha que ser resolvida, a sociedade terá de deliberar sobre o assunto e aplicar um procedimento decisório para a questão. Suponha também que a sociedade use o instrumento da Decisão Majoritária (DM) para resolver este assunto, sendo que determinado indivíduo participe da tomada de decisão, utilizando o seu voto, e o lado que ele apoia na contenda (discórdia) perde. Nesse contexto, esse cidadão torna-se, portanto, um membro da minoria decisional sobre esse assunto. Contudo, nada de tirânico pode ser demonstrado em relação a esse indivíduo. Para que houvesse tirania, dever-se-ia demonstrar que duas coisas adicionais tivessem ocorrido: (1) que a decisão majoritária fosse realmente errada e tirânica em suas implicações para os direitos das pessoas afetadas; e (2) que o indivíduo era realmente um membro da minoria tópica cujos direitos foram prejudicados por esta decisão errada.”

<sup>61</sup> O trecho da nota de rodapé quatro que efetivamente interessa examinar é o seguinte: “[...] ‘Preconceitos contra minorias discretas e insulares podem ser motivos relevantes que severamente impeçam o correto funcionamento daqueles processos políticos ordinários que visam exatamente a proteger essas minorias [...]’”. (Waldron, 2006: 1403).

<sup>62</sup> A nota de rodapé quatro sustenta a existência do controle de constitucionalidade somente quando este é imperativo para corrigir distorções no processo político, reservando ao Legislativo e ao Executivo a competência de decidir as demais questões relevantes para o país. Com efeito, essa nota defende a ideia de que os tribunais não devem ser antidemocráticos, justificando a nulidade de normas legais pelo Judiciário somente nos casos em que elas impeçam o correto funcionamento do processo democrático, tal como exigido pela democracia constitucional. (Strauss, 2010: 1251;1254-1255).

**com essa comunidade, os quais poderiam habilitá-los a construir uma série de coalizões para promovê-los.**<sup>63</sup> (grifo nosso).

Nesse sentido, a tirania das minorias ocasiona preocupação, porém fica evidente que nos casos de minorias discretas e insulares não estariam presentes as hipóteses 3 e 4 descritas no Quadro 1, exigidas para afastar o imperativo do controle de constitucionalidade.

Finalizando o seu artigo, Waldron chama atenção para dois fatos importantes acerca do *judicial review*: de um lado, afirma que o controle de constitucionalidade não é inapropriado em todas as circunstâncias, mas somente quando suas hipóteses de trabalho, em especial a 1 e a 4 (bom funcionamento das instituições democráticas e desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos entre os membros da sociedade, respectivamente), não prevaleçam; e, de outro, alerta que em determinadas condições – patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas política corruptas, legados de racismo e outras formas endêmicas de preconceitos, em que os custos decorrentes de uma forma bastante insultuosa de cassação ou de uma obliteração legalista de questões morais que estão em jogo em desacordos sobre direitos fundamentais -, seria recomendável o uso do controle de constitucionalidade.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Waldron, 2006: 1404 (tradução livre).

<sup>64</sup> Ibidem: 1406.

### 3 AS REPERCUSSÕES DA VISÃO DE WALDRON

Após a edição do seu seminal artigo, este teve uma repercussão bastante significativa no mundo acadêmico. Mesmo sendo um defensor respeitável do controle de constitucionalidade, o professor Richard H. Fallon, por exemplo, assim se expressou, em 2008, sobre o artigo de Waldron:

*In developing this case for judicial review, my argument proceeds by confronting and then refuting **the most profound challenge to judicial review that has achieved prominence in the law reviews** — **Jeremy Waldron's argument in *The Core of the Case Against Judicial Review***.*<sup>65</sup>  
(grifo nosso).

Por sua vez, o professor Allan C. Hutchinson, afirma que “[...] *Waldron has made a powerful case as to why judicial review and democracy do not fit well together* [...]”.<sup>66</sup>

Para o professor James Allan da Universidade de *Queensland* (Austrália), qualquer acadêmico do direito que tenha escrito um livro ou artigo que continua sendo lido após um século ou meio século pode ser considerado como alguém que tenha alcançado a imortalidade.<sup>67</sup>

No circuito anglo-americano, Allan sugere que a imortalidade pode se concedida para, no máximo, cinco grandes expoentes do direito: O. W. Holmes (com o artigo *The Path of the Law*, elaborado em 1897), Jeremy Bentham (com o livro *Introduction to the Principles of Moral and Legislation* de 1789), H. L. A. Hart (com o livro *The Concept of Law* de 1960), Lon Fuller (como o artigo *The Case of The Speluncean Explores* de 1949) e quase certamente Dworkin.<sup>68</sup>

Nos tempos atuais, Allan sugere que James Waldron pode ser um candidato extremamente competitivo para estar ao lado desses gigantes do direito anglo-americano daqui a 50 ou 100 anos, em virtude de sua defesa vigorosa dos parlamentares eleitos contra as pretensões de superioridade moral dos membros não eleitos do Judiciário, isto é, um

<sup>65</sup> Fallon, 2008: 1696. Tradução livre: “No desenvolvimento de minha análise sobre o *judicial review*, o meu argumento consiste em confrontar e depois refutar a mais profunda crítica contra o controle de consitucionalidade surgido nos periódicos de direito - o artigo de Jeremy Waldron contra o controle de constitucionalidade.”

<sup>66</sup> Hutchinson, 2008: 64. Tradução livre: “[...] Waldron elaborou uma crítica robusta sobre o porquê o controle forte de constitucionalidade e a democracia não combinam tão bem”.

<sup>67</sup> Allan, 2008: 1.

<sup>68</sup> Ibidem.



adversário de peso do controle de constitucionalidade nos EUA.<sup>69</sup> O seu artigo ora em exame é peça fundamental na sua luta contra o “judicial review” estadunidense.

Essa afirmação de Allan pode ser comprovada pelo fato de que o artigo de Waldron em debate foi considerado por Shapiro e Pearse como o segundo mais citado do ano de 2006, conforme descrito no quadro a seguir.

**Quadro 5 - Os cinco artigos de jornais acadêmicos anglo-americanos de direito mais citados do ano de 2006, compilados por Fred R. Shapiro<sup>70</sup>**

Ano de 2006			
Classificação	Número de citações	Índice	Artigo
1	157	100	Cass R. Sunstein, Chevron Step Zero, 92 Va. L. Rev. 187 (2006).
<b>2</b>	<b>147</b>	<b>93</b>	<b>Jeremy Waldron, The Core of the Case Against Judicial Review, 115 Yale L.J. 1346 (2006).</b>
3	121	77	Stephen M. Bainbridge, Director Primacy and Shareholder Disempowerment, 119 Harv. L. Rev. 1735 (2006).
4	116	74	Adam Winkler, Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts, 59 Vand. L. Rev. 793 (2006).
5	110	70	Judith Resnik, Law’s Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues, and Federalism’s Multiple Ports of Entry, 115 Yale L.J. 1564 (2006).

Fonte: Shapiro e Pearse, 2011.

Diante dessa evidência empírica do sucesso relativo do artigo de Waldron, este capítulo procura explorar as críticas positivas e negativas sobre a argumentação waldroniana apresentada no capítulo precedente, a partir do exame do controle forte de constitucionalidade sob o prisma da exigência da legitimidade democrática, da autonomia da soberania popular e do controle como instrumento minimizador de erros sobre os direitos fundamentais, de solidariedade democrática e de proteção das minorias contra a regra da decisão majoritária.

### **3.1 AS CRÍTICAS POSITIVAS SOBRE O POSICIONAMENTO DE WALDRON: A EXIGÊNCIA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E DA AUTONOMIA DA SOBERANIA POPULAR PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

A primeira observação a ser feita sobre a consistência da argumentação de Waldron contra o controle de constitucionalidade vem do seu adversário mais direto, Richard Fallon, que escreveu um artigo específico para defender esse instituto em contraponto ao de Waldron.

<sup>69</sup> Allan, 2008: 2.

<sup>70</sup> Shapiro e Pearse, 2011: 1496.

Com efeito, a observação de Fallon é referente à sua concordância com Waldron de que o Judiciário não julga necessariamente de maneira mais correta que o Legislativo quando se trata de decidir questões sobre direitos individuais. Essa sintonia é dada expressamente:

*Waldron maintains, the fact that courts and legislatures differ in their assessments provides **no ground for thinking courts more likely to be right. This much of Waldron's argument I am inclined to accept, at least for the sake of argument.***<sup>71</sup> (grifo nosso).

*[...] courts would be no more likely than the legislature to decide questions of individual rights correctly in a society in which legislators took rights seriously [...].*<sup>72</sup> (grifo nosso).

Fallon vai mais longe, pois chega a defender essa consideração inicial de Waldron contra a supremacia do controle de constitucionalidade de maneira bastante consistente, senão vejamos:

*Many if not most arguments that courts should be presumed better than legislatures at determining whether legislation violates individual rights have a troublingly elitist cast — especially if one follows Waldron in assuming that the kinds of rights commonly incorporated into bills of rights are moral rights. Virtually without exception, judges and Justices are well-educated members of the upper or upper-middle classes who have been socialized to accept professional norms. **The preference for having a small number of lawyers in robes resolve contested questions about individual rights almost inevitably reflects one or another species of antipopulism, frequently coupled with highly idealized portraits of the few who wield judicial power.***<sup>73</sup> (grifo nosso).

Defensor da posição de Waldron – “[...] *I obviously take Waldron's side of the argument* [...]”<sup>74</sup> -, o professor Hutchinson expressa um posicionamento até mais radical do que o daquele ao afirmar que mesmo os argumentos relativos a resultados não seriam inconclusivos, isto é, síntese dos sentidos neutra, (vide Quadro 4 do capítulo anterior) contra

<sup>71</sup> Fallon, 2008: 1697. Tradução livre: “Waldron sustenta que o fato de que os tribunais e as legislaturas diferem em suas avaliações não forneceria nenhuma razão para se pensar que os tribunais teriam mais chances de estarem corretos. Essa parte do argumento de Waldron, eu estou inclinado a aceitar, pelo menos, em nome do embate argumentativo.”

<sup>72</sup> Ibidem: 1699. Tradução livre: “[...] os tribunais não estariam em melhores condições do que o legislador para decidirem corretamente questões sobre direitos fundamentais em uma sociedade na qual os legisladores levam a sério esses direitos.”

<sup>73</sup> Ibidem: 1697. Tradução livre: “Muitos, se não a maioria, dos argumentos que afirmam que os tribunais são intrinsecamente melhores do que os parlamentos para determinar se a legislação viola os direitos individuais têm um viés perturbadoramente elitista - especialmente se a pessoa segue a hipótese assumida por Waldron de que os tipos de direitos comumente incorporados nas declarações de direitos são direitos morais. Praticamente sem exceção, os juízes e os Ministros são extamente os membros mais bem educados das classes superiores ou média alta, que foram socializados para aceitar as normas profissionais. A preferência por se ter um pequeno número de magistrados para solucionar as lides acerca de direitos fundamentais reflete, quase inevitavelmente, uma ou outra espécie de antipopulismo, frequentemente combinado com um retrato bastante estilizado daqueles que exercem o poder da jurisdição.”

<sup>74</sup> Hutchinson, 2008: 61.

o controle de constitucionalidade, mas sim totalmente favoráveis a tese *waldroniana*. Isso decorreria da existência de relevantes embasamentos epistemológicos que mostrariam a possibilidade de se alcançar corretas decisões acerca de contendas envolvendo direitos fundamentais.<sup>75</sup>

De fato, esse autor sustenta, tal como Waldron, que o controle de constitucionalidade não possui legitimidade democrática, aceitando, de outro lado, o argumento de que a existência de múltiplas instâncias deliberativas sobre direitos individuais cumpriria um papel relevante numa democracia constitucional, contudo não enxerga razão para que uma delas seja a responsável pelo controle de constitucionalidade. Ele conclui sua defesa radical da posição waldroniana da seguinte maneira:

*While Waldron has made a powerful case as to why judicial review and democracy do not fit well together, I have suggested that the case against judicial review can be made even stronger. In a society that takes democracy seriously, there is no privileged place for judicial proconsuls or their scholarly cohorts — citizens can govern best when they govern themselves.*<sup>76</sup> (grifo nosso).

Embora sendo um defensor do controle de constitucionalidade, o professor Siegel da *Georgetown University Law School*, reconhece que Waldron também tem razão quando sustenta que:

*[...] judges do more than enforce the Constitution; they choose from among the multiple possible competing interpretations of the broad phrases in the Constitution. The choice of the judges who make these contestable choices has a vital impact on the outcome. And yet, under the U.S. Constitution, a stunningly arbitrary system determines which Presidents get to choose Supreme Court Justices. This is also where the standard defense of judicial review, contained in the previously existing literature, is most vulnerable.*<sup>77</sup> (grifo nosso).

Por sua vez, a professora Pamela Karlan considera que a argumentação de Waldron contra o controle de constitucionalidade faz algum sentido quando:

---

<sup>75</sup> Hutchinson, 2008: 57.

<sup>76</sup> Ibidem: 64. Tradução livre: “Embora Waldron tenha elaborado um argumento poderoso a respeito da razão porque o controle de constitucionalidade e a democracia não se ajustam bem, eu entendo que a crítica contra o *judicial review* pode ser feita ainda de forma mais robusta. Em uma sociedade que leva a democracia a sério, não há lugar privilegiado para procônsules judiciais ou seus companheiros acadêmicos, pois os cidadãos são capazes de governar melhor quando governam a si mesmos.”

<sup>77</sup> Siegel, 2012: 1196. Tradução livre: “[...] os juízes realizam mais do que simplesmente fazer cumprir a Constituição; eles realizam a escolha entre as várias interpretações concorrentes possíveis sobre as grandes frases constantes da Constituição. Essa escolha dos juízes tem um impacto vital no resultado. E, no entanto, sob a Constituição dos Estados Unidos, um sistema incrivelmente arbitrário determina que os presidentes escolham os juízes da Suprema Corte. Esse fato incontestavelmente discricionário é mais um argumento contra o controle de constitucionalidade, sendo o que o torna mais vulnerável.”

*There are other occasions, however, in which representative government deserves heightened judicial confidence and trust: when the political process itself is responding actively to the claims of excluded groups or addressing problems that lie beyond what courts are able to fix singlehandedly. In those circumstances, courts have a special responsibility to support and enforce the ensuing legislation that realizes constitutional values of liberty, equality, opportunity, and inclusion more fully than judicial opinions alone can.*<sup>78</sup> (grifo nosso).

Essas defesas da argumentação waldroniana da legitimidade do Poder Legislativo, ou seja, dos parlamentares no trato de questões sobre direitos fundamentais são também corroboradas robustamente pela análise da seguinte passagem de Ori Aronson:

*While judges, bound by their professional ethos, focus on interpreting texts, adhering to or distinguishing earlier precedents, and cloaking their ideological standpoints, legislators regularly drive to the heart of moral disagreements and openly engage with the policy implications of their determinations. Because constitutional interpretation calls for moral and political deliberation, legislatures may be more suited for the job, and therefore also more legitimate.*<sup>79</sup> (grifo nosso).

Esse mesmo autor reafirma essa legitimidade legislativa recordando a crítica do profissionalismo das cortes constitucionais proposta por Waldron, conforme se constata do seguinte trecho:

*The professionalism argument against judicial review maintains that judges are not equipped to deal with the tough moral issues implicated by the interpretation of constitutional rights, because they are so enmeshed in 'the law' - in developing its doctrines, refining its procedures, following its precedents-that they become poor judges of moral arguments and social justice.*<sup>80</sup> (grifo nosso).

---

<sup>78</sup> Karlan, 2012: 11. Tradução livre: “Há outras ocasiões, contudo, em que o governo representativo merece elevada confiança jurídica e crédito: quando o próprio processo político está respondendo ativamente às reivindicações de grupos excluídos ou resolvendo os problemas que estão para além do que os tribunais seriam capazes de corrigir sozinhos. Nessas circunstâncias, os tribunais têm uma responsabilidade especial de apoiar e fazer cumprir a legislação que se seguiu, com vistas a realizar, de maneira mais completa do que decisões judiciais poderiam assegurar, os valores constitucionais de liberdade, igualdade, oportunidade e inclusão.”

<sup>79</sup> Aronson, 2010: 976. Tradução livre: “Enquanto os magistrados, vinculados por seu *ethos* profissional, procuram focar seu trabalho na interpretação de textos legais, aderindo ou distinguindo dos precedentes anteriores, além de esconder os seus pontos de vista ideológicos, os parlamentares debatem apaixonadamente sobre desacordos morais, procurando se envolver abertamente com as implicações políticas de suas convicções. Tendo em vista que a interpretação constitucional demanda deliberação moral e política, os parlamentos seriam mais talhados para esse trabalho e, portanto, também mais legítimos.”

<sup>80</sup> Ibidem: 988. Tradução livre: “O argumento do profissionalismo dos ministros das cortes supremas contra o controle de constitucionalidade sustenta que os magistrados não estariam preparados para lidar com questões morais difíceis implícitas na interpretação dos direitos constitucionais, porque eles estão tão embebidos pela discussão do texto legal, pelo desenvolvimento de suas doutrinas, pelo refinamento de seus próprios procedimentos e pela necessidade de respeitar seus precedentes, que se tornam juízes pobres de argumentos morais e de justiça social.”

Da mesma forma, Aronson ressalta a argumentação perspicaz de Waldron ao desmistificar a áurea de que a Suprema Corte americana trata diretamente de questões de “carne e osso” que afligem os direitos individuais do cidadão ordinário, reafirmando esse entendimento e recordando passagem do texto de Waldron:

*And, on top of all this, high court judges, unlike their inferior counterparts, are indeed distant from the specifics of any individual case and therefore miss the institutional advantage courts are thought to have over legislatures in assessing the actual effects of legislation on real people.*<sup>81</sup>

*By the time cases reach the high appellate levels we are mostly talking about in our disputes about judicial review, almost all trace of the original flesh-and-blood right-holders has vanished, and argument such as it is revolves around the abstract issue of the right in dispute.*<sup>82</sup>

Nessa esteira de exigir legitimidade democrática, como proposto por Waldron, ao instituto do controle de constitucionalidade, em particular, e a ação da corte constitucional como um todo, há um trabalho anterior de Ingeborg Maus, de 2000, que examina o fato de que:

**[...] por trás de generosas idéias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceadora da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora.**<sup>83</sup> (grifo nosso).

Esse intrigante texto, a partir da filosofia política, da psicanálise e do princípio da soberania popular, procura desmistificar o papel das cortes constitucionais, em especial a alemã, discutindo:

**[...] em que medida a atividade de controle normativo judicial, tal como configurada no modelo de Estado constitucional moderno, teria contribuído para a perda da racionalidade jurídica ou mesmo para racionalizações autoritárias, tanto mais danosas porque inconscientes.** Disso já se poderia reconhecer antecedentes no próprio pensamento iluminista, que, ao pregar uma ordem composta por indivíduos livres e autônomos, codificou o exercício da soberania e da representação na ordem jurídica de forma paternalista. **Sobre a atividade judicial dos tribunais**

<sup>81</sup> Aronson, 2010: 989. Tradução livre: “E, acima de tudo, os juízes dos tribunais constitucionais e superiores, ao contrário dos seus homólogos hierarquicamente inferiores [primeira instância], estão de fato distantes das especificidades de cada caso individual e, portanto, perdem esses tribunais a vantagem institucional sobre os parlamentos, tal como alegado pelos defensores do controle de constitucionalidade, a qual afirma que o judiciário estaria mais perto dos problemas reais enfrentados pelo cidadão ordinário.”

<sup>82</sup> Waldron, 2006: 1379-1380. Tradução livre: “Ao tempo que as lides alcançam os tribunais superiores, especialmente no controle de constitucionalidade difuso, quase todos os vestígios fáticos dos titulares de direitos de carne e osso original desaparecem, restando apenas a discussão em torno da questão abstrata de direito em litígio.”

<sup>83</sup> Maus, 2000: 183.

constitucionais que se desenvolveu em tal cenário paira pois a suspeita de servir à expansão do poder autocrático, sem que formas equivalentes de controle tenham sido desenvolvidas.<sup>84</sup> (grifo nosso).

Da análise de Maus, destacam-se alguns pontos que suportariam uma crítica positiva do texto de Waldron, principalmente em relação à exigência de controle democrático, de vinculação com a vontade popular, de autonomia da soberania popular e de legitimidade no âmbito do controle de constitucionalidade, senão vejamos:

**Quadro 6 - Análise positiva de Maus sobre os argumentos de Waldron**

<b>Ponto atacado do controle de constitucionalidade</b>	<b>Avaliação de Maus</b>
<b>Falta de controle democrático</b>	<b>Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social</b> — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. <sup>85</sup> (grifo nosso).
<b>Desvinculação da vontade popular</b>	O sujeito autônomo da filosofia iluminista deve ser liberado tanto do infantilismo relativo às questões de tomada de consciência como da orientação paternalista no processo político de decisão. Estes dois conceitos emancipatórios são postos radicalmente em questão com a ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública. <b>A introdução de pontos de vista morais e de ‘valores’ na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular.</b> <sup>86</sup> (grifo nosso).
<b>Desrespeito da autonomia da soberania popular</b>	O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC ) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania. <b>As exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte.</b> <sup>87</sup> (grifo nosso).
<b>Deslegitimação</b>	<b>Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como "Guardião da Constituição" do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo autorreferencial.</b> Tal história fornece-lhe

<sup>84</sup> Maus, 2000: 184.

<sup>85</sup> Ibidem: 187.

<sup>86</sup> Ibidem: 189.

<sup>87</sup> Ibidem: 190.

	fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências. <sup>88</sup> (grifo nosso).
<b>Deslegitimação do Parlamento pela censura do Judiciário: nova divindade</b>	Tais argumentações contêm uma dimensão metafórica em que a tópica psíquica dos mecanismos políticos é redimensionada. Embora os interesses materiais da administração judiciária continuem a se fazer valer, <b>o Parlamento aparece agora como simples representante do entrechoque de impulsos e energias sociais, cujo excesso tem como censor a Justiça.</b> O suposto déficit de conhecimento jurídico do Parlamento; a estrutura consensual de suas leis, nas quais se reproduz o antagonismo dos interesses sociais; o confronto entre as particularidades das diversas matérias jurídicas, que põe em questão a unidade e coerência do sistema jurídico—tudo isso exige da Justiça um senso de clareza que lhe possibilite organizar a síntese social, distante de disputas partidárias, e garantir a unidade do direito, independentemente de interesses envolvidos na produção legislativa. <b>Desta maneira, o juiz torna-se o próprio juiz da lei — a qual é reduzida a "produto e meio técnico de um compromisso de interesses" —, investindo-se como sacerdote-mor de uma nova "divindade": a do direito suprapositivo e não-escrito. Nesta condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social.</b> <sup>89</sup> (grifo nosso).

Fonte: Maus, 2000

Diante dessas críticas positivas, pode-se inferir que a defesa de Waldron sobre a falta de legitimidade do controle de constitucionalidade exercido pelas cortes constitucionais - controle este realizado em face da existência de um amplo desacordo na sociedade sobre direitos fundamentais – é robusta, pois somente o Legislativo seria a resposta correta ao seguinte questionamento: Quem deve decidir as discordâncias sobre direitos fundamentais? Isso se deve ao fato de que esse órgão garantiria que a decisão fosse tomada em igualdade de condições pelos cidadãos de uma determinada comunidade, algo que não ocorreria quando se reserva essa decisão a uma elite judiciária. Contudo, há críticas sobre a robustez dessa inferência.

### **3.2 OS SENÕES PROPOSTOS PELOS ADVERSÁRIOS DA POSIÇÃO DE WALDRON: O CONTROLE COMO INSTRUMENTO REDUTOR DE ERROS NOS JULGAMENTOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, DE SOLIDARIEDADE DEMOCRÁTICA E DE PROTEÇÃO DE MINORIAS CONTRA A REGRA DE DECISÃO MAJORITÁRIA**

Uma das primeiras críticas contundentes contra a tese de Waldron de ataque ao controle de constitucionalidade parte também de Richard Fallon. Esse *scholar*, em que pese

<sup>88</sup> Maus, 2000: 192.

<sup>89</sup> Ibidem: 195-196.

também descartar, tal como Waldron, o argumento de que os tribunais produzem melhores decisões do que os parlamentos, quando se trata de definir direitos fundamentais, sustenta:

*The best case, as Frank Cross also has argued, rests instead on the subtly different ground that legislatures and courts should both be enlisted in protecting fundamental rights, and that both should have veto powers over legislation that might reasonably be thought to violate such rights.*<sup>90</sup> (grifo nosso).

Com efeito, Fallon defende que o controle de constitucionalidade pode minimizar erros numa determinada direção e não minimizar o número total de erros nos julgamentos que envolvem direitos individuais, isto é, os tribunais tem uma perspectiva diferenciada que os leva a “[...] *more likely than legislatures to apprehend serious risks of rights violations in some kinds of cases.*”<sup>91</sup>

Para comprovar esse seu argumento, Fallon utiliza-se de várias analogias, as quais foram identificadas por Halley:

*Reasoning by analogy Fallon says that, first, by making the infringement of constitutional rights more rare judicial review contributes to the citizens • e safety in the same way the guilty beyond a reasonable doubt standard - by making false convictions rare - keeps the innocent safe. ‘An even closer analogy’, Fallon then claims, is America’s ‘multipart system of lawmaking’, whose myriad checks and balances make it ‘difficult for majorities to legislate’. As it is better to acquit the guilty than incarcerate the innocent, ‘it is presumptively worse for legislation to be enacted than not enacted, largely because of the threat that legislation might violate individual rights.*<sup>92</sup> (grifo nosso).

Além disso, apresenta mais três argumentos que sustentariam o controle de constitucionalidade:

<sup>90</sup> Fallon, 2008: 1695. Tradução livre: “A melhor defesa do controle de constitucionalidade, tal como Frank Cross argumentou, repousa nas sutis diferenças de fundamento com que os parlamentos e as cortes são acionados para protegerem direitos fundamentais, sendo que ambos devem ter poder de veto sobre as legislações que eventualmente possam razoavelmente violar tais direitos.”

<sup>91</sup> Ibidem: 1700. Tradução livre: “[...] [as cortes constitucionais] são mais propensas do que os parlamentos para apreender os riscos sérios de violações de direitos em alguns tipos de casos.”

<sup>92</sup> Halley, 2009: 218. Tradução livre: “Raciocinando por analogia, Fallon afirma, em primeiro lugar, que tornando a violação dos direitos constitucionais algo mais raro, o controle de constitucionalidade contribui para a segurança dos cidadãos, da mesma forma que é concedida segurança ao cidadão ao se aplicar a regra de que ele só será considerado culpado de um crime quando os jurados, por unanimidade, tiverem convicção para além de uma dúvida razoável, evitando-se, assim, que falsas condenações possam surgir, logo mantendo o inocente livre. ‘Uma analogia ainda melhor’, afirma Fallon, ‘é dada pelo sistema multipartidário de elaboração do processo legislativo’ dos EUA, cujos freios e contrapesos têm o condão de torná-lo ‘difícil para as maiorias legislarem’. Como é melhor absolver os culpados do que encarcerar os inocentes”, é presumidamente pior que uma dada legislação seja promulgada do que não promulgada, em grande parte, por causa da ameaça que a legislação possa violar os direitos individuais.”



*(1) Legislative action is more likely to violate fundamental rights than legislative inaction. (2) Some rights are more important than others and, accordingly, are more deserving of protections against infringement. (3) A system of judicial review can be so designed that the moral costs of such overenforcement of rights as judicial review would produce will likely be lower than the moral costs that would result from such underenforcement of rights as would occur in the absence of judicial review.*<sup>93</sup> (grifo nosso).

Na defesa desses argumentos favoráveis a existência do controle de constitucionalidade, Fallon ataca a razão última central da tese de Waldron: sua conclusão acerca do impacto das razões relativas a resultados e a procedimentos sobre os processos decisórios legislativos e judiciais, o qual seria equivocado. De um lado, pois a principal razão relativa a resultados, a qual justificaria a existência do controle, não foi abordada por Waldron, sendo essa descrita por Fallon da seguinte forma:

*[...] the most persuasive case maintains that both institutions should be enlisted in the cause of rights protection because it is morally more troublesome for fundamental rights to be underenforced than overenforced.*<sup>94</sup> (grifo nosso).

Ele corrobora esse entendimento de forma mais incisiva, afirmando:

*This, then, is the core of the strongest case for judicial review in the kind of nonpathological society with which both Waldron and I are concerned: errors that result in the underenforcement of rights are more troubling than errors that result in their overenforcement, and judicial review may provide a distinctively valuable hedge against errors of underenforcement.*<sup>95</sup>

De outro lado, ele sustenta que:

*Waldron's affirmative case that judicial review is unfair and politically illegitimate also fails, and the arguments so demonstrating point once again to grounds of fairness and legitimacy on which judicial review can be*

<sup>93</sup> Fallon, 2008: 1700. Tradução livre: “(1) A ação legislativa tem maior probabilidade de violar os direitos fundamentais do que a inércia parlamentar; (2) Alguns direitos são mais importantes do que outros e, portanto, merecem maior proteção contra sua violação; e (3) Um sistema de controle de constitucionalidade pode ser concebido de tal forma que os custos morais do *overenforcement* dos direitos pelo *judicial review* produziram provavelmente custos morais menores do que daqueles resultantes de um *underenforcement* de direitos na ausência do controle de constitucionalidade.”

<sup>94</sup> Ibidem: 1735. Tradução livre: “[...] o caso mais convincente seria sustentar que ambas as instituições – parlamento e corte consitucional - devem ser convocadas para proteger os direitos fundamentais, porque seria moralmente mais problemático justificar que os direitos fundamentais sejam *underenforced* do que *overenforced*.”

<sup>95</sup> Ibidem: 1709. Tradução livre: “Este, então, é o núcleo forte da defesa da existência do *judicial review* numa sociedade não-patológica com que ambos, Waldron e eu, estamos interessados: a existência de erros que resultam do *underenforcement* dos direitos fundamentais são mais preocupantes do que os erros que resultam de seu *overenforcement*, sendo que o controle de constitucionalidade pode fornecer um *hedge* valioso e distinto contra erros decorrentes de *underenforcement*.”

*affirmatively defended. The fairness and political legitimacy of procedural mechanisms depend on the ends that they serve. If judicial review is reasonably designed to improve the substantive justice of a society's political decisions by safeguarding against violations of fundamental rights, then it is not unfair, nor is it necessarily politically illegitimate. Political legitimacy can flow from multiple sources. Even insofar as judicial review lacks specifically democratic legitimacy, the democratic character of other elements of a political regime can partly compensate for this deficiency. And a shortfall in democratic legitimacy may ultimately be outweighed, as a matter of overall legitimacy, by the contribution that judicial review can make to the protection of individual rights.*<sup>96</sup> (grifo nosso).

Outro crítico importante da tese de Waldron é Michael Halley, que utiliza os ensinamentos dos *founding fathers*, em especial de James Madison, para rechaçar as ideias waldronianas contra o *judicial review*.

Inicialmente, ele adverte que não há distinção entre o controle de constitucionalidade substantivo – proteção de direitos fundamentais – e o controle estrutural – defesa de normas constitucionais estruturais, tal como defendido, para algumas circunstâncias, por Waldron (vide pág. 16 desta monografia), utilizando-se da seguinte metáfora: “*Form and substance, philosophers caution, are not differences in kind but interchangeable pawns, baubles that can be placed in the service of any cause, and so prove themselves good for nothing.*”<sup>97</sup>

Halley também discorda da assertiva de Waldron de que o momento inicial da criação do controle de constitucionalidade – caso *Marbury vs. Madison* - não envolveria direitos individuais, mas simplesmente o poder do Congresso de indicar e exonerar juízes de paz. Para Halley, não há argumento razoável, pelo menos Waldron não apresentou, que justifique a distinção entre normas substantivas e estruturais no âmbito do controle de constitucionalidade. Assim, o criticismo de que controle de constitucionalidade não caberia para normas substantivas também deveria ser estendido para as normas estruturais, o que

---

<sup>96</sup> Fallon, 2008: 1709. Tradução livre: “O ataque de Waldron contra o controle de constitucionalidade, considerando-o injusto e politicamente ilegítimo também não se sustenta, pois há argumentos demonstrando justamente o contrário: a defesa do *judicial review* em função de razões de equidade e legitimidade. A equidade e a legitimidade política dos mecanismos processuais dependem dos fins a que servem. Se o controle de constitucionalidade é razoavelmente concebido para melhorar substancialmente a justiça das decisões políticas de uma sociedade, salvaguardando esta contra violações dos direitos fundamentais, então ele não seria injusto, nem politicamente ilegítimo de per si. A legitimidade política pode fluir a partir de múltiplas fontes. Mesmo que o *judicial review* careça de legitimidade democrática específica, o caráter democrático de outros elementos de um regime político poderia compensar parcialmente essa deficiência. Com efeito, um déficit de legitimidade democrática pode vir a ser superado, num contexto global de legitimidade, pela contribuição que o controle de constitucionalidade pode realizar para a proteção dos direitos individuais.”

<sup>97</sup> Halley, 2009: 200. Tradução livre: “Forma e conteúdo, preocupação dos filósofos, não são diferenciados em espécie, mas, sim, elementos intercambiáveis, os quais podem ser colocados a serviço de qualquer causa, e assim provar-se bom para nada.”

invalidaria o raciocínio empregado por Waldron para atacar o controle. Esse ponto é reforçado por Halley por meio da seguinte passagem:

*If Waldron expects us to believe him that Marbury was not about individual rights he must in turn concede that it was not about federalism either absent which his ad homonym castigation of unnamed 'People' who say '[...] legislatures are subject to judicial review anyway, for federalism reasons [...] so why not exploit that practice to develop rights-based judicial review as well?' is, to be blunt, an example of the blind leading the blind.*<sup>98</sup>

Outro ponto vulnerável na argumentação de Waldron, segundo Halley, seria a de aquele insiste em argumentar como se houvesse somente uma representação parlamentar nos EUA, a de nível federal, o que facilitaria a justificativa para sua defesa da Supremacia do Legislativo, porém isso vai de encontro ao “[...] *vital grain of federalism absent which there would have been no United States.*”<sup>99</sup> Ademais, o silêncio de Waldron sobre o federalismo, aponta Halley, só não é mais eloquente do que a dissonância que caracteriza o seu desrespeito pelo princípio da separação dos poderes inerente ao controle de constitucionalidade. De fato, Halley busca nos *founding fathers* (federalistas nº 49 e nº 10) a inspiração para caracterizar essa desarmonia no pensamento waldroniano, conforme comprovam os trechos a seguir:

*The legislative supremacy Waldron champions and Fallon would only reluctantly abridge is precisely what the Framers most feared should a stalemate between the 'three great provinces' of government arise. According to Madison the problem is endemic.*<sup>100</sup>

*So the legislators would be 'parties to the very question to be decided by them.' This is something which 'justice' as the 'end of government' and 'liberty' its avatar cannot tolerate. 'No man is allowed to be a judge in his own cause, because his interest would certainly bias his judgment, and, not improbably, corrupt his integrity. With equal, nay with greater reason, a body of men are unfit to be both judges and parties at the same time.'*<sup>101</sup>  
(grifo nosso);

<sup>98</sup> Fallon, 2008: 223. Tradução livre: “Se Waldron espera que acreditemos, tal como ele, que o caso *Marbury* não era sobre direitos individuais, ele deve, por sua vez, admitir que também ele não o fosse sobre federalismo, sendo sua crítica falaciosa contra o controle de constitucionalidade em nome do ‘We the People’ presente na constituição americana nada mais é do que afirmar que ‘[...] os parlamentos estão sujeitas ao controle de constitucionalidade de qualquer maneira, por razões do federalismo [...] então, por que não explorar esta prática para admitir a proteção dos direitos fundamentais por meio do *judicial review* também?’ É, para ser franco, um exemplo de um cego guiando outro cego.”

<sup>99</sup> Ibidem: 225. Tradução livre: “[...] a ausência do grão vital do federalismo sem o qual não haveria nenhum EUA.”

<sup>100</sup> Halley, 2009: 231. Tradução livre: “A supremacia legislativa que Waldron defende e que Fallon relutantemente combate de forma abreviada é precisamente o que os artífices da constituição americana mais temiam, quando surgisse um impasse entre os poderes da república. De acordo com a Madison, esse seria um problema endêmico.”

<sup>101</sup> Ibidem: 232. Tradução livre: “Assim, os legisladores seriam 'partes da própria questão a ser decidida por eles mesmos'. 'Isso é algo que 'justiça' - como fim último do governo e tendo a liberdade como seu avatar - não pode tolerar. 'A nenhum homem é permitido ser juiz de sua própria causa, porque seu interesse certamente criará viés

Por fim, Halley critica mordazmente Waldron sob o prisma da democracia, novamente sobre a inspiração dos *framers*, da qual se destacam as passagens a seguir:

*While Waldron never does get around to revealing the premise he seeks, Madison is clear. If democracy is not ruled over by a system of impartial, disinterested justice, then no matter the ‘genius’ of the citizens, ‘passion’ will ‘wrest the scepter’ from reason, and republican governance will be indistinguishable from ‘mob’ rule.<sup>102</sup>*

*Contrast Hamilton who affirms the necessity of judges to conduct both rights and federalism review but insists that there is no need for alarm because the judges assigned the task lack both the sword and the purse and have only judgment which, he says - duplicitously misquoting Montesquieu - is next to nothing.<sup>103</sup>*

*Waldron and Fallon’s refusal to attend to Madison’s conception of the legislature as ‘an impetuous vortex’ that extends ‘the sphere of its activity’ to co-opt even the judicial power silently undermines their baseline assumption of legislative legitimacy and their common conception of judicial review as aberrant.<sup>104</sup> (grifo nosso).*

Entretanto, a crítica mais severa à argumentação de Waldron é empreendida por Ronald Dworkin. Ele elabora sua sofisticada crítica atacando o pensamento de Waldron por dois flancos. De um lado, ele discute qual o melhor conceito de democracia – esta tão cara para se estabelecer a ilegitimidade do controle e para identificar a dificuldade contramajoritária do *judicial review* -, inclusive como condição *ex ante* e *sine qua non* para iniciar o debate sobre o controle de constitucionalidade. De outro, ele debate o controle de per si.

Para Dworkin, há duas visões pelas quais o povo pode exercer o seu auto governo, ou seja, existem duas óticas de democracia. Ele chama esses modelos de concepções majoritária e solidária de democracia. O conceito majoritário sustenta que o povo governa a si mesmo

---

em seu julgamento, e, não improvavelmente, corromperá sua integridade. Com igual, ou melhor, com maior razão, um grupo de homens é incapaz de ser juiz e parte ao mesmo tempo.”

<sup>102</sup> Halley, 2009: 234. Tradução livre: “Embora Waldron nunca tenha se desvecilhado do dever de revelar a premissa que ele procura, a de Madison é clara. Se a democracia não é governada por um sistema de justiça imparcial e desinteressado, então não importa o ‘gênio’ dos cidadãos, pois a ‘paixão’ vai ‘arrancar o cetro’ da razão, e a governança republicana será indistinguível da regra que comanda as máfias.”

<sup>103</sup> Ibidem: 235. Tradução livre: “Contrasta com a posição de Hamilton, que afirma a necessidade de se ter juízes para a realização do controle de constitucionalidade tanto sobre direitos fundamentais como sobre direitos federalistas, insistindo, porém, que não há necessidade de espanto para fato de que os juízes, os quais não possuem nem a espada nem a bolsa, tenham apenas o seu julgamento que, segundo ele – ao citar dupla e incorretamente Montesquieu – não estaria a serviço nem da força nem da riqueza.”

<sup>104</sup> Ibidem: 236. Tradução livre: “A recusa de Waldron e Fallon de levar a sério a concepção de Madison de que legislador seria ‘um vórtice impetuoso’, que compreende sua ‘esfera de atividade’ até mesmo para cooptar o judiciário, silenciosamente mina a hipótese central de ambos de que haveria legitimidade legislativa para o controle de constitucionalidade e a concepção comum deles de que o *judicial review* concebido por Madison seria aberrante.

quando uma porção expressiva de seus membros, em vez de algum grupo minoritário no seu interior, detém poderes políticos fundamentais.<sup>105</sup>

Segundo Dworkin, o conceito majoritário demanda que as estruturas representativas de governo devem ser construídas de tal sorte que as leis e políticas públicas delas decorrentes sejam aquelas que a maior parte dos cidadãos preferir, após a realização de séria reflexão e debates entre eles. Por outro lado, ele chama a atenção para o fato de que é inconfundível o conceito majoritário de democracia com algumas das teorias agregativas de justiça.<sup>106</sup> Assim, o conceito majoritário exige a distinção entre democracia e ideal de justiça, pois um processo que reclama sua aprovação pela maioria poderá bem produzir – e muitas vezes oferta – leis que ocasionam redução de bem-estar da totalidade ou parte significativa das pessoas atingidas por essas normas legais.<sup>107</sup> Em suma:

*Majoritarianism appears to respect our political and moral equality by submitting political questions to a procedure in which everyone has an equal say; no one is regarded as more competent or worthy of having a greater say than anyone else. Majoritarianism instantiates one straightforward understanding of the principle of political equality: equal votes for equal people and the greatest number wins.*<sup>108</sup>

Por outro lado, Dworkin afirma que a concepção solidária de democracia seria diferente, pois esta defende que autogoverno não é o governo da maioria das pessoas exercendo poder sobre todas as outras, mas do povo como um todo agindo como parceiros solidários.<sup>109</sup> Em suas próprias palavras: “[...] *means government by all the people, acting together as full and equal partners in a collective enterprise of self-government.*”<sup>110</sup> Essa solidariedade parceira implica que os membros dessa sociedade aceitam atuar na política com igual respeito e real preocupação com todos os outros parceiros, haja vista que a unanimidade é muita rara na política. Ademais, esse conceito exige que cada um dos membros do povo aceite uma obrigação firme de não somente cumprir a lei fixada pela comunidade, mas

<sup>105</sup> Dworkin, 2006: 131.

<sup>106</sup> Dworkin fornece como exemplo de teoria de justiça agregativa o utilitarismo, que “[...] sustenta que as leis são justas quando elas produzem a maximização da felicidade média dos cidadãos no interior de uma determinada comunidade.” (Dworkin, 2011: 383).

<sup>107</sup> Dworkin, 2011: 383-384.

<sup>108</sup> Macedo, 2010: 1032. Tradução livre: “O conceito majoritário de democracia parece respeitar a nossa igualdade política e moral através da submissão de questões políticas a um processo em que todos têm igualdade de opinião; ninguém é considerado como mais competente ou mais digno de pronunciar uma palavra mais sábia do que qualquer outra pessoa. Esse conceito proporciona uma compreensão simples do princípio da igualdade política: uma pessoa, um voto e a maioria vence.”

<sup>109</sup> Dworkin, 2011: 384.

<sup>110</sup> Ibidem: 358.

também fazê-la consistente com seu entendimento do que seria boa fé e do que seria dignidade exigível de todo e qualquer cidadão.<sup>111</sup>

Nesse sentido, a diferença crucial, segundo Dworkin, entre o conceito majoritário e o solidário seria que aquele define democracia de forma procedimental e este vincula democracia a limites substantivos de legitimidade.<sup>112</sup> Para esse autor, a solidariedade apresenta, no mínimo, um ideal inteligível do que seria autogoverno, enquanto o conceito majoritário não o descreve.<sup>113</sup>

Com efeito, o modelo solidário defende a democracia como sendo aquela em que as pessoas governam a si mesmas, considerando cada pessoa como um parceiro substantivo de um empreendimento político coletivo, de tal sorte que as decisões majoritárias apenas são consideradas democráticas quando atenderem a determinadas condições protetivas do *status* e dos interesses de cada cidadão reconhecido como parceiro substantivo do empreendimento.<sup>114</sup>

Nessa visão solidária de democracia, Dworkin acredita que seriam necessárias atenção mútua e respeito, pois essenciais no caminho da solidariedade, para que esse modelo possa ser efetivamente implementado.<sup>115</sup>

Por outro lado, Dworkin considera que uma concepção majoritária consistente de democracia implicaria afirmar, tal como os conservadores o fazem, que haverá maior legitimidade democrática do Poder Legislativo do que do Poder Judiciário, afirmação essa que os liberais americanos condenam, pois seria rejeitar a independência do Poder Judiciário e o “rule of law”.<sup>116</sup>

Nesse sentido, Dworkin alerta para o fato de que é crucial para a moralidade política a escolha entre essas concepções de democracia, independentemente de como as escolhas políticas de ocasião são feitas por determinado partido político, as quais se modificam ao longo do tempo. É crucial, pois: “[...] *the question I posed at the beginning of this chapter* –

---

<sup>111</sup> Dworkin, 2011: 384.

<sup>112</sup> De forma mais direta, descreve-se essa diferença da seguinte forma: *The problem is that for some authors ‘democracy’ seems to be reduced to the government of the many or of the majority in detriment of the few or of the minority, a so-called ‘majoritarian conception of democracy’. On the contrary, an authentic or true ‘democracy’ and democratic government must be neither of poor or rich, nor of many or few, nor of majority or minority, but of all: both of poor and rich, both of many and few, both of majority and minority, what Dworkin labels as ‘partnership conception of democracy’.* (Flores, 2010: 77).

<sup>113</sup> Ibidem.

<sup>114</sup> Dworkin, 2006: 80.

<sup>115</sup> Ibidem: 132. Tradução livre.

<sup>116</sup> Ibidem: 137.

*whether the embarrassing state of our political discourse damages our democratic credentials – turns on how we choose [qual concepção de democracia].*<sup>117</sup>

Para Dworkin, é grave supor que a regra do voto da maioria sempre será um método apropriado para decidir questões coletivas, quando as pessoas discordam sobre o que devem fazer. Cita, como exemplo, o caso de passageiros que se encontram num barco salva-vidas em alto mar e que irá afundar, por excesso de passageiros, caso não seja jogada ao mar ao menos uma pessoa, qualquer pessoa. Como deve o grupo decidir quem deverá ser sacrificado? Parece perfeitamente justo disputar no palitinho ou de alguma outra maneira que permite o acaso decidir. Isso daria a cada pessoa a mesma chance de permanecer vivo. Permitindo que o grupo vote, no entanto, parece ser uma ideia bastante ruim, haja vista que razões de parentesco, amizades, inimizades, ciúmes, e outras forças, que não deveriam influenciar na decisão, acabam por ser decisivas.<sup>118</sup>

Por sua vez, Waldron defende a concepção majoritária, como anteriormente visto na seção 2.3, da seguinte forma: “[...] a concepção majoritária é neutra entre os polos de uma contenda, trata os participantes de forma igualitária e fornece o maior peso possível a cada opinião compatível com os pesos dados a todas as demais opiniões.”<sup>119</sup>

Dworkin, por outro lado, contrapõe esses argumentos, chegando até a propor a rejeição da concepção majoritária, afirmando que:

*1) the concept of democracy is interpretive and hence is not firmly tied to any criteria or specification, much less to the majority-decision that is neither a necessary nor a sufficient condition; and,*

*2) the majority principle is not an intrinsically fair process, but that does not mean that is never a fair method of decision.*<sup>120</sup>

É nesse embate entre essas duas concepções de democracia que surge a crítica de Dworkin contra a posição de Waldron sobre o controle de constitucionalidade, pois aquele autor acredita que o *judicial review* é o ilustrativo maior do debate sobre a compatibilidade da democracia solidária com esse instituto.

<sup>117</sup> Dworkin, 2006: 138. Tradução livre: “[...] a questão colocada no início deste capítulo – se a retórica confusa do nosso discurso político ocasiona danos às nossas credenciais democráticas – pode influenciar na mudança da escolha de nossa concepção de democracia.”

<sup>118</sup> Ibidem: 139.

<sup>119</sup> Waldron, 2006: 1988.

<sup>120</sup> Flores, 2010: 95. Tradução livre: “1) o conceito de democracia é interpretativo e, portanto, não está robustamente atrelado a qualquer critério ou especificação, muito menos ao processo majoritário de decisão, que não é condição necessária nem suficiente da democracia; e 2) o princípio da maioria não é um processo intrinsecamente justo, mas isso não significa que ele nunca será um método justo de decisão.”

Como defensor do conceito majoritário de democracia, Waldron, como visto anteriormente, afirma que o controle de constitucionalidade seria antidemocrático, por não respeitá-lo, tornando-se, portanto, ilegítimo. Com efeito, Waldron diz categoricamente que as normas elaboradas pelo Legislativo não podem ser derogadas pelo Judiciário, enquanto Dworkin, tendo em vista seu conceito de democracia solidária, acredita que eventualmente podem.

Segundo Dworkin, o controle de constitucionalidade respeitaria o seu conceito de democracia solidária se cumprisse as seguintes condições: (1) capacidade de criar uma limitada disparidade política, permitindo a existência do “[...] *equal status for all citizens*” – para Dworkin, entre os magistrados da Suprema Corte e entre os demais cidadãos não haveria discriminação de nascimento ou riqueza –; e (2) predisposição para aumentar a legitimidade democrática como um todo. Se instituições que decidem de forma majoritária, tal como a Suprema Corte, promovem essas condições democráticas, então as decisões dessas instituições deverão ser respeitadas por todos exatamente por isso.<sup>121</sup>

Dworkin julga que o controle de constitucionalidade atende a primeira condicionante de per si, restando verificar se ele promove o aumento da legitimidade democrática. Sua resposta é também positiva para esse segundo requisito em função, tendo como base a experiência americana, dos seguintes argumentos, os quais contrapõem as razões apontadas por Waldron na seção 2.3 desta monografia:

(1) ao contrário dos defensores da regra da maioria, tal como Waldron, ele não considera o *judicial review*<sup>122</sup> necessariamente antidemocrático;

(2) o *judicial review* atenderia a primeira condição da concepção democrática solidária: embora os votos de apenas seis ministros da corte suprema americana sejam suficientes para desfazer o produzido pelos votos dos parlamentares, representantes de milhões de cidadãos, ou o produzido pelos próprios cidadãos num referendo, o controle de constitucionalidade não promove qualquer discriminação de berço ou riqueza; e

(3) a afirmação de que a não eleição dos ministros da Suprema Corte reveste de ilegitimidade o controle de constitucionalidade seria uma simplificação tosca, de fato, um “arengue vermelho” (pista falsa ou distração induzida). Na realidade, o povo americano

---

<sup>121</sup> Flores, 2010: 73.

<sup>122</sup> Dworkin considera o controle de constitucionalidade substantivo, isto é, aquele que confere poder aos magistrados não só para simplesmente assegurar ao cidadão a obtenção de informação que eles necessitam para avaliar corretamente suas convicções, preferências e políticas ou para proteger o cidadão do governante incumbente que deseja inescrupulosamente manter-se no poder, mas sim para promover a derrubada de normas legais em que o *pedigree* majoritário é inegável.



influencia de maneira mais concreta na nomeação de um ministro da corte consitucional do que na eleição de um senador de um pequeno estado, que depois se torna presidente de uma comissão ordinária ou parlamentar de inquérito no Congresso, ou na nomeação do Ministro da Defesa ou do Presidente do Banco Central, cargos estes que detém um poder insitucional imenso para o bem ou para o mal. De fato, o cidadão perde o controle do que um ministro da Suprema Corte faz, após a sua indicação e confirmação, porém isto não é muito diferente do que acontece com o parlamentar, logo após sua eleição. Ademais, o poder individual de um ministro da corte suprema é limitado pelo imperativo de atraria a maior dos demais ministros para que sua tese prevaleça.<sup>123</sup>

Ele conclui afirmando que se deve abandonar a ideia de que a regra da maioria é o único método justo para a tomada de decisão, mesmo em política. Como no caso do barco salva-vidas, bem como em outros, esse processo majoritário de tomada de decisão será extremamente injusto, pois envolveria discutir nesses casos a pertinência de existir uma decisão a ser tomada pelo coletivo. Esse método, assevera Dworkin, não é particularmente razoável para alcançar a verdade, nem para assegurar minimamente a igualdade de poder político no inteior de uma comunidade política de médio porte. Com efeito, Dworkin afirma que esse método é precário porque não consegue explicar por si mesmo o lado bom da democracia, sendo apenas números que não contribuem para explicar o valor de uma dada decisão política. Torna-se necessário, segundo esse autor, a existência de um método mais profundo e elaborado que diga à sociedade quais condições demandam ser alcançadas e protegidas numa comunidade política antes que uma regra majoritária possa ter utilidade.<sup>124</sup>

Em síntese apertada, Dworkin revela que a escolha entre as concepções de democracia que ele apresenta: majoritária ou solidária, é um debate acerca de procedimentos democráticos, afirmando que a sociedade deve refutar a compreensão familiar e atrativa sobre a democracia majoritária: o majoritarismo democrático é atraente porque defende o descolamento do procedimento da substância, pois ele dá importância ao como as pessoas, que discordam sobre determinada matéria, podem, assim mesmo, concordarem sobre o processo justo para dar fim a suas diferenças.<sup>125</sup>

Contudo, essa aparente vantagem da concepção majoritária desaparece à medida que se compreende que a regra da maioria não possui a virtude de ser justa, haja vista que esta

---

<sup>123</sup> Dworkin, 2011: 395-397.

<sup>124</sup> Dworkin, 2006: 143.

<sup>125</sup> Ibidem: 154-155.

somente vem à tona quando certas condições substantivas tenham sido identificadas e satisfeitas.<sup>126</sup>

Nesse contexto, Dworkin aponta a mais importante diferença entre essas concepções:

*The majoritarian conception defines democracy only procedurally. The partnership conception ties democracy to the substantive constraints of legitimacy. Because legitimacy is a matter of degree, so, on this conception, is democracy. It is an ideal towards which some political communities strive, some more successfully than other. But the partnership conception makes self-government at least an intelligible deal. The majoritarian conception – or so I shall argue – does not, because it describes nothing that could count as self-government by members of a political minority. Or, for that matter, by individual members of a majority.*<sup>127</sup>

A partir dessa crítica forte da regra da maioria e da defesa da democracia solidária, Dworkin faz uma guarda contundente do *judicial review*, afirmando que a prática do controle de constitucionalidade, que permite que juízes vitalícios possa declarar a inconstitucionalidade de leis e atos administrativos, é, na verdade, necessária e desejável para a correção da democracia, além de essencial para criar uma genuína democracia.

Por fim, Dworkin alerta para o fato de que talvez o controle de constitucionalidade possa ser dispensável em nações em que maiorias estáveis têm uma tradição robusta na proteção da legitimidade governamental, por meio de uma identificação correta e respeitosa dos direitos individuais e de minorias. Esse autor assevera, no entanto, que não se pode garantir de antemão que o *judicial review* tornará uma comunidade mais legítima ou democrática, porém ele acredita que o balanço geral da história do controle de constitucionalidade americano seria positivo.<sup>128</sup>

Diante das defesas e dos combates ao controle forte de constitucionalidade - uns apontando, como Waldron, o seu caráter antidemocrático à medida que ela retira dos titulares dos direitos a decisão sobre os mesmos, partindo da premissa de que o parlamento é a instância legítima adequada para argumentar sobre princípios; outros, como Dworkin, afirmando que o *judicial review* não ofende a democracia, pois esta, além da regra da maioria,

<sup>126</sup> Dworkin, 2006: 154-155.

<sup>127</sup> Dworkin, 2011: 384. Tradução livre: “A concepção majoritária define a democracia de forma só procedimental. A concepção solidária une a democracia às restrições substantivas de legitimidade. Tendo em vista que a legitimidade é avaliada pelo seu grau, assim, nesta concepção, também será a democracia. A concepção solidária é um ideal pelo qual algumas comunidades políticas se esforçam, algumas com mais sucesso outras com menos. De toda sorte, a concepção solidária faz com que o autogoverno, pelo menos, possa ser entendido como algo inteligível. A concepção majoritária - por força de minha argumentação -, entretanto, não oferece essa inteligibilidade, pois não descreve como possa existir algo como autogoverno palpável para os membros de uma minoria política. Ou, por isso mesmo, para membros individuais de uma maioria.”

<sup>128</sup> Ibidem: 398-399.

compreende as condições essenciais da participação moral, cujo igual respeito e consideração também se impõem – é inexorável o debate sobre o seguinte questionamento: Haveria uma forma intermediária que satisfaria ambas as visões? É o que será visto no próximo capítulo ao se examinar o controle fraco de constitucionalidade.

## 4 A HIPÓTESE DO CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FORMA CONCILIADORA ENTRE WALDRON E SEUS CRÍTICOS

Na introdução desse trabalho, considerou-se a possibilidade do controle fraco de constitucionalidade ser uma forma alternativa ao *strong judicial review*, tão criticado por Waldron. Com efeito, se esse modelo não supera todas as críticas de Waldron, talvez ele possa agregar parte de suas críticas e minimizar os argumentos adversos ao posicionamento *waldroniano* visto no capítulo anterior.

Para testar essa hipótese conciliadora, examinar-se-á, de início, o conceito e eventuais vantagens do controle constitucional fraco, explorando a literatura existente e a ortodoxia do modelo, de acordo com o trabalho de Rosalind Dixon e de Stephen Gardbaum. Num segundo momento, descreve-se a avaliação positiva de Gardbaum sobre esse modelo, implementado por países do *Commonwealth*. Por fim, examina-se o otimismo de Gardbaum versus a posição cética de Dixon, a qual não vê empiricamente a vantagem tão propagada pelos países do *Commonwealth* que adotaram o controle fraco de constitucionalidade.

### 4.1 O CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE (*WEAK FORM OF JUDICIAL REVIEW*)

Recentemente alguns países adotaram um novo modelo de controle de constitucionalidade, entre os quais o Canadá, Nova Zelândia, Reino Unido e Austrália, o qual prescreve a possibilidade do Legislativo derrubar, por maioria simples de votos, a interpretação das cortes constitucionais sobre direitos fundamentais. Esse novo modelo é conhecido por controle fraco de constitucionalidade, segundo Mark Tushnet, ou novo modelo de constitucionalismo da *Commonwealth* na visão de Gardbaum.<sup>129</sup>

Ao citar Gardbaum, Dixon descreve qual seria o maior benefício desse novo modelo vis-à-vis o modelo americano:

[...] it helps 'transfor[m] constitutional rights discourse from a judicial monologue into a richer and more balanced inter-institutional dialogue' thereby 'reducing, if not eliminating, the tension between judicial protection of fundamental rights and democratic decisionmaking'.<sup>130</sup>

<sup>129</sup> Dixon, 2011: 1.

<sup>130</sup> Ibidem: 2. Tradução livre: "[...] ajuda 'a transformar o discurso sobre direitos constitucionais de um monólogo judicial em um diálogo interinstitucional mais rico e equilibrado', assim, 'podendo reduzir, se não eliminar, a tensão entre a proteção judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática'".

Com efeito, a vantagem do controle fraco de constitucionalidade advém de dois argumentos dotados de robusta razoabilidade. De um lado, um poder mais abrangente do parlamento para formalmente vetar as decisões das cortes constitucionais cria forte pressão sobre os magistrados, para que eles respeitem eventuais sequelas legislativas dialógicas; e, de outro, respaldam os tribunais com autorização legal adicional para mostrar tal deferência.<sup>131</sup>

Para Gardbaum, as principais características desse modelo se resumem: (1) a existência de uma carta de direitos; (2) a conferência de alguma forma de poder judicial aprimorado para fazer valer esses direitos por meio de avaliação de consistência da legislação e de outros atos governamentais com esses direitos fundamentais, a qual deve ir além da tradicional presunção e dos modos ordinários de interpretação normativa; e, mais claramente, (3) a existência de um poder legislativo que detém a palavra final sobre a constitucionalidade das leis no país, por intermédio de simples votação majoritária. Esses traços essenciais e inovadores distinguem o modelo de controle fraco de constitucionalidade daqueles assentados na supremacia do legislativo e da supremacia do judiciário (controle forte de constitucionalidade).<sup>132</sup>

De fato, essas características do modelo propiciam a existência de um espectro de diferentes e particulares arranjos, principalmente em respeito aos traços especificados na segunda e terceira características. De acordo com Gardbaum, os modelos de controle fraco de constitucionalidade do Canadá, Nova Zelândia e do Reino Unido são considerados pioneiros, existindo, na sua avaliação, quatro arranjos básicos desse modelo inovador, mostrados no quadro a seguir.

**Quadro 7 - Tipos de arranjos do controle fraco de constitucionalidade**

Modelos	Países que adotaram	Traços principais
(1)	Canadá: (1982) <i>Canadian Charter of Rights and Freedom</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Existência de carta constitucional de direitos</li> <li>✓ Concessão de poder ao judiciário para invalidar leis conflitantes com a carta</li> <li>✓ Competência do legislativo para dar a palavra final, podendo suprimir o <i>judicial review</i></li> </ul>
(2)	Canadá: (1960) <i>Canadian Bill of Rights</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Existência de lei ordinária sobre o Bill of Rights</li> <li>✓ Concessão de poder ao judiciário para invalidar leis conflitantes com o Bill of Rights</li> <li>✓ Competência do legislativo para dar a palavra final, podendo suprimir o <i>judicial review</i></li> </ul>

<sup>131</sup> Dixon, 2011: 3.

<sup>132</sup> Gardbaum, 2010: 169.

(3)	Austrália: <i>Australian Capital Territory's Human Rights Act of 2004</i> (ACT HRA); e <i>Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities</i> (VCHRR)	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Existência de lei ordinária sobre o Bill of Rights</li> <li>✓ Concessão de poder ao judiciário para: (i) declarar a incompatibilidade de leis com o Bill of Rights, porém não afetando sua validade; e (ii) dar as leis interpretações conforme o Bill of Rights, quando possível</li> <li>✓ Competência do legislativo para dar a palavra final sobre os poderes declarativo e interpretativo do judiciário</li> </ul>
(4)	Nova Zelândia: <i>New Zealand Bill of Rights Act (1990)</i> - NZBORA	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Existência de lei ordinária sobre o Bill of Rights</li> <li>✓ Concessão de poder ao judiciário para apenas dar as leis interpretações conforme o Bill of Rights, quando possível</li> <li>✓ Competência do legislativo para dar a palavra final sobre o poder interpretativo do judiciário</li> </ul>

Fonte: Gardbaum, 2010: 170-171.

Em síntese, nos países da *Commonwealth* que adotaram a *weak-form of judicial review* foram estabelecidas duas fontes principais de poder para derrubar/atenuar as decisões das cortes constitucionais: (i) abertura de diálogo entre o parlamento e a corte constitucional, no sentido de que o parlamento possa ajustar a lei existente ao entendimento da corte constitucional – modelo canadense; (i) permissão apenas para que a corte constitucional declare a incompatibilidade da legislação com a constituição e não a sua inconstitucionalidade, cabendo ao Legislativo decidir em definitivo sobre a sua inconstitucionalidade – modelo inglês.<sup>133</sup>

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, essa moderada supremacia legislativa sobre o controle de constitucionalidade adquire a seguinte feição:

No caso canadense, porque **o legislador pode, após uma decisão judicial de inconstitucionalidade, re-promulgar a lei declarada inconstitucional e imunizá-la temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade** (e renovar, se quiser, essa “imunidade” a cada cinco anos). No caso inglês, **as decisões de controle de constitucionalidade, instituído pelo *Human Rights Act*, de 1998, não vinculam totalmente o legislador, sendo apenas decisões de incompatibilidade, mas não de invalidade.**<sup>134</sup> (grifo nosso).

Segundo Gardbaum, o argumento central que justificaria a adoção do novo modelo pelos países da *Commonwealth* é sua característica nuclear que proporciona o balanceamento de dois bens constitucionais ou valores fundantes dos regimes democráticos liberais modernos, definidos como: (i) reconhecimento e efetiva proteção de direitos fundamentais; e

<sup>133</sup> Dixon, 2011: 3-6.

<sup>134</sup> Silva, 2009: 213.

(ii) distribuição apropriada de poder entre o judiciário e o legislativo, incluindo o estabelecimento de limites para ambos.<sup>135</sup>

Nesse contexto, o novo modelo tem como paradigma sua equidistância da supremacia da corte constitucional e da supremacia parlamentar. Com efeito, esse distanciamento característico do novo modelo do *strong judicial review* é essencial, pois sem sacrificar sobremaneira a proteção dos direitos fundamentais, ele produz um balanceamento mais equilibrado e democrático de poder entre as cortes e os parlamentos com respeito aos direitos fundamentais.<sup>136</sup>

Para Gardbaum, a supremacia do judiciário, implicando o controle forte de constitucionalidade, está umbilicalmente associada a sua tendência à exclusividade monológica ao *rights reasoning*. Essa associação é especialmente problemática no contexto inevitável do mundo real, onde se dão desacordos razoáveis sobre o significado, abrangência, aplicação e limites permissivos acerca de normas legais abstratas referentes a direitos fundamentais entre juízes, entre tribunais e parlamentos e entre cidadãos.<sup>137</sup>

Nesse sentido, o controle fraco de constitucionalidade permite que os direitos fundamentais previstos numa carta legal possam ser protegidos de uma forma menos centrada nas cortes constitucionais, possibilitando um maior papel deliberativo dos poderes políticos e da cidadania. Dessa forma, o novo modelo pode também equacionar e ajudar a sanar dois problemas bem conhecidos: o da superlegalização ou judicialização do discurso público íntegro e o da debilidade legislativa e popular que há tempos é identificada como o custo institucional mais elevado da constitucionalização.<sup>138</sup>

Nas palavras de Gardbaum:

*Where legislatures never have final responsibility for rights, and, even more, where (as often happens) courts do not take legislative considerations seriously in their own deliberations, there is an understandable tendency to leave matters of constitutionality to the judiciary and for the legislatures to spend their time on matters they do decide. **By giving legislatures the legal power of the final word, the new model promised to create incentives for such debate. More broadly, the new model radically and directly dissolves the countermajoritarian difficulty.***<sup>139</sup> (grifo nosso).

<sup>135</sup> Gardbaum, 2010: 171.

<sup>136</sup> Ibidem: 173.

<sup>137</sup> Ibidem.

<sup>138</sup> Ibidem

<sup>139</sup> Ibidem. Tradução livre: “Onde parlamentos nunca tem a responsabilidade final sobre os significados dos direitos fundamentais e, mais ainda, (como acontece frequentemente) onde os tribunais não levam em conta considerações políticas parlamentares a sério em suas próprias deliberações, há uma compreensível tendência para deixar as questões de constitucionalidade serem exclusivamente apreciadas pelo Judiciário, relegando o Legislativo para gastar seu tempo discutindo assuntos que a eles melhor aprouver. Ao conceder aos parlamentos o poder da palavra final sobre direitos fundamentais, o novo modelo promete criar incentivos para incrementar o

Por fim, Gardbaum apresenta uma vantagem abrangente do novo modelo sobre os tradicionais: tem o potencial de promover o envolvimento dos três poderes no controle de constitucionalidade e cria uma consciência maior dos cidadãos sobre os direitos fundamentais, isto é, cria uma cultura de baixo para cima sobre direitos em vez da tradicional de cima para baixo.<sup>140</sup>

#### 4.2 A AVALIAÇÃO DO MODELO: CRITÉRIOS DE SUCESSO E DE INSUCESSO E SUA EMPÍRIA

Inicialmente Gardbaum fixa dois critérios relevantes de sucesso para o controle fraco de constitucionalidade, os quais derivam da própria essência desse novo modelo. De um lado, propõe, como padrão avaliativo, (I) a existência de efetiva, ou pelo menos adequada, proteção dos direitos fundamentais previstos nas cartas constitucionais ou no “bill of rights”. De outro, estabelece o critério do (II) conveniente balanceamento de poder entre as cortes constitucionais e os parlamentos na discussão sobre direitos fundamentais, incluindo limites para ambas as instituições, levando-se em conta não só as normas legais abstratas que balizam esse balanceamento, mas também as aplicações reais destas normas, com vistas a confirmar se há um melhor equilíbrio de forças entre os poderes Legislativo e Judiciário.<sup>141</sup>

Em relação ao segundo critério – balanceamento de poder –, Gardbaum informa que do próprio critério surgem questões paralelas importantes para a avaliação do controle fraco de constitucionalidade: vinculadas a sua estabilidade (há predominância de um poder sobre o outro) e a sua eficiência (intenção versus prática).<sup>142</sup>

No caso do questionamento da estabilidade do novo modelo, Gardbaum entende que ela deve ser respondida, partindo-se do pressuposto de que o *status quo* seria a supremacia do legislativo nos debates constitucionais sobre direitos fundamentais, diferentemente do que ocorre no Brasil, por exemplo. Assim, a avaliação da estabilidade do modelo deveria verificar se houve pouca ou muita mudança em relação a esse paradigma tradicional na *Commonwealth*. Reduzida mudança significaria a dominância da supremacia legislativa, enquanto profunda mudança denotaria dominância da supremacia judiciária.<sup>143</sup>

Em face de que esses critérios são evidentemente abstratos, Gardbaum sugere uma metodologia para se realizar uma avaliação mais concreta do novo modelo, fixando os três

---

debate sobre direitos. Mais amplamente, o novo modelo radical e diretamente resolve o problema da dificuldade contramajoritária.”

<sup>140</sup> Gardbaum, 2010: 175.

<sup>141</sup> Ibidem.

<sup>142</sup> Ibidem: 175-176.

<sup>143</sup> Ibidem: 176.



estágios imperativos para o funcionamento ideal do controle fraco de constitucionalidade, com vistas a sua eficaz implementação prática, tendo em mente o seu argumento normativo básico, os quais são resumidamente descritos no quadro a seguir:<sup>144</sup>

**Quadro 8 - Descrição dos estágios práticos para avaliação empírica do sucesso do controle fraco de constitucionalidade nos países da *Commonwealth***

ESTÁGIOS	DESCRIÇÃO
<b>I - Controle preventivo de constitucionalidade</b>	<p>É aquele realizado durante o processo legislativo, típico do Poder Legislativo, incluindo também o controle realizado pelo Poder Executivo nesse processo. Caraterizado por ser realizado antes da positivação das normas referentes a direitos fundamentais e, mais importante, controle que envolve não apenas o momento de engajamento dos demais poderes, tendo em vista que o controle do Judiciário é <i>ex-post</i> a sanção das normas, mas principalmente por envolver a discussão sobre o seu próprio conteúdo. Nas palavras de Gardbaum:</p> <p><i>In other words, executive and legislative review should not be exclusively legal in nature, focused either on reasonable interpretive pluralism within the law or predicting what the courts will ultimately do; rather, it should bring a broader, freer perspective of principle to the issue than is typical of judicial reasoning.</i><sup>145</sup></p>
<b>II - Controle de constitucionalidade <i>stricto sensu</i> (feito pelas cortes constitucionais) em nova modelagem empoderativa</b>	<p>Nesse estágio, Gardbaum destaca dois fatores que distinguiria o novo papel das cortes supremas vis-à-vis aquele desempenhado no controle forte de constitucionalidade (supremacia do Judiciário):</p> <p>(1) as cortes constitucionais levariam bastante a sério o trabalho desempenhado no controle preventivo de constitucionalidade (Estágio I) levado a cabo pelos dois outros poderes, evitando ignorar ou tratar com desdém ou mesmo como se fosse uma usurpação do controle de constitucionalidade as deliberações sobre direitos fundamentais tomadas pelos poderes políticos do Estado. Com efeito, Gardbaum afirma que:</p> <p><i>This judicial posture also properly acknowledges the reality and inevitability of reasonable disagreement about both rights and their limits in the bill of rights, which is one of the major reasons for the new model in the first place, at least as compared with judicial supremacy.</i><sup>146</sup></p>

<sup>144</sup> Gardbaum, 2010:176.

<sup>145</sup> Ibidem. Tradução livre: “Em outras palavras, o controle constitucional do Executivo e do Legislativo não deve ser resumido exclusivamente na natureza legal da norma - que envolveria tanto o foco no razoável pluralismo interpretativo da própria lei como na previsão de como os tribunais acabarão por entender a melhor interpretação da norma -, em vez disso, eles devem agregar uma perspectiva principiológica mais ampla e mais livre do projeto de lei em debate do que a aplicação do mero raciocínio jurídico”.

<sup>146</sup> Ibidem. Tradução livre: “Esta postura judicial também reconhece corretamente a realidade e inevitabilidade dos razoáveis desacordos sobre direitos fundamentais e seus limites constante da carta de direitos,

	<p>(2) os representantes eleitos dos poderes Executivo e Legislativo seriam os maiores beneficiários do melhor julgamento do Judiciário sobre o mérito do controle de constitucionalidade, haja vista que a palavra final seria legalmente concedida ao Legislativo sobre tal controle. Nas palavras alternativas de Gardbaum:</p> <p style="text-align: center;"><i>[...] that is, an independent consideration that takes into account but is not foreclosed by the views of the political branches expressed at stage one. In this way, again, the nature and function of “penultimate judicial review” within the new model differentiate it from judicial supremacy — in which the judiciary has full practical responsibility for the final decision and its consequences.</i><sup>147</sup></p>
<p><b>III – Exercício possível da palavra final do Legislativo sobre o controle de constitucionalidade</b></p>	<p>Nesse estágio é avaliado o exercício do debate legislativo sobre a necessidade de alteração ou revogação da norma considerada inconstitucional (nulidade) ou incompatível com o ordenamento jurídico pelo Poder Judiciário, considerando que o Legislativo deverá observar com seriedade os fundamentos jurídicos dessa decisão sem, contudo, aderir automaticamente a eles. Processo semelhante é encorajado no exercício da função interpretativa, em que o legislador original pode anular a interpretação dada pela corte constitucional sobre determinada norma. A ocorrência da anulação interpretativa pelo Legislativo, dentro de limites razoáveis, confere legitimidade a este poder, desde que ele seja revestido dessa prerrogativa. Gardbaum entende que a palavra chave desse estágio é o processo e não o seu resultado final de tal sorte que:</p> <p style="text-align: center;"><i>[...] principled and serious legislative consideration resulting in decisions to comply with the courts manifest what the new model seeks to achieve as much as do decisions not to comply, at least so long as the latter is generally taken to be a realistic political possibility. In other words, compliance per se is not a problem, although a “culture of compliance” is.</i><sup>148</sup></p>

reconhecimento desse basilar para o surgimento do novo modelo, pelo menos quando se compara com o típico da supremacia do judiciário: controle forte de constitucionalidade.”

<sup>147</sup> Gardbaum, 2010: 177. Tradução livre: “isto é, a existência de uma avaliação independente pelo Judiciário, que leva em conta, mas não é guiada, pelos pontos de vista dos poderes políticos expressos na primeira fase. Dessa forma, o novo modelo apresenta a característica de um controle de constitucionalidade pelo Judiciário não de última instância que o difere do modelo de controle típico da supremacia judicial em que o Poder Judiciário tem a responsabilidade integral e última sobre a decisão do controle de constitucionalidade e suas consequências.”

<sup>148</sup> Ibidem. Tradução livre: “[...] a avaliação legislativa séria e comprometida que resulta na convalidação da decisão judicial sobre o controle de constitucionalidade é o objetivo desse novo modelo tão quanto seria a avaliação que não convalidasse a manifestação do Judiciário sobre o *judicial review*, pelo menos quando este último tipo de avaliação é considerado como sendo uma possibilidade política realista. Em outras palavras, a convalidação *de per se* não seria um problema, embora uma ‘cultura de convalidação’ seja.”

De posse dessas ferramentas (critérios de sucesso e dos três estágios), Gardbaum promove avaliação comparativa da experiência de três países com o novo modelo. O quadro a seguir descreve sinteticamente a avaliação efetuada por esse autor:

**Quadro 9 - Síntese da descrição e da avaliação do controle fraco de constitucionalidade feita por Gardbaum<sup>149</sup>**

PAÍS	AVALIAÇÃO DO NOVO MODELO DESCRIÇÃO	CRITÉRIOS DE SUCESSO <sup>150</sup>	
		I	II
<b>CANADA</b>	A principal característica do modelo canadense, estabelecido em 1982 e que o distingue da supremacia judicial, é o afastamento da cláusula que exige que a inconstitucionalidade de norma ou dispositivo relativos a direitos fundamentais, conferida por decisão judicial, só possa ser derrubada pelo Congresso por maioria qualificada, idêntica à exigida para aprovar emendas constitucionais. Esse afastamento é estabelecido na cláusula derogatória número 33, a qual afirma que os parlamentos federal e estaduais possam aprovar lei declaratória, por maioria simples de votos e por um período renovável de cinco anos, que determinada norma continue válida e eficaz mesmo após ser considerada inconstitucional pela corte suprema canadense. Gardbaum confere à cláusula 33 o verdadeiro e ímpar símbolo da adesão canadense ao controle fraco de constitucionalidade, considerando as avaliações de que o seu raro emprego prático não distinguiria do modelo americano e a de que há um diálogo maior entre os poderes em razão de limitações ao uso dessa cláusula como contrafactuais. Com efeito, apenas admite que essa cláusula padece de um sério problema prático em virtude da aparente aversão, quase que convencionada, ao seu uso. Assim,		

<sup>149</sup> Gardbaum (2010: 178) faz críticas às avaliações feitas por outros acadêmicos sobre o novo modelo, as quais consideram que o novo modelo não diferiria, na prática, do controle forte de constitucionalidade de linha americana, observando que: “*With these two qualifications in mind [assessments country-specific rather than systematic or comparative and assessments locked at initial positions of support or opposition to change], I think it is fair to say that, overall, academic judgments have not been particularly favorable. Although far from uniform, perhaps the predominant line of criticism is that, whatever the advantages in theory, in practice the new model, as a whole—especially in Canada and the U.K. — has not proven itself to be as different from U.S.-style judicial review as was claimed or hoped but, rather, has evolved into something barely distinguishable from it. In presenting my own comparative evaluation, I consider each country in turn before attempting to make and justify general observations and assessments.*” Tradução livre: “Com essas duas observações em mente [avaliações centradas em países específicos e não realizadas de forma sistêmica ou comparativa], eu penso que seria correto afirmar, genericamente, que os julgamentos acadêmicos não tem sido favoráveis ao novo modelo. Embora longe de ser uniforme, talvez a linha predominante da crítica ao novo modelo seria, independente de suas vantagens teóricas, a de que a prática do novo modelo como um todo, em especial no Canadá e no Reino Unido, não se provou ser diferente do judicial review americano como era esperado e anunciado, mas, pelo contrário, tem se comportado de forma a ser quase indistinto do controle forte de constitucionalidade dos EUA. Assim, a minha avaliação fará uma avaliação do novo modelo em cada país, com vistas a elaborar e justificar observações e julgamentos gerais sobre ele.”

<sup>150</sup>

Sucesso Alcançado	Insucesso	Quase sucesso

	o problema não seria o de que a cláusula 33 seja pouco utilizada <i>de per si</i> , porém essa convenção parece, em grande medida, excluir a saudável discussão política sobre direitos fundamentais requerida idealmente pelo controle fraco de constitucionalidade. <sup>151</sup>		
<b>REINO UNIDO</b>	As características desse modelo implantado em 02 de outubro de 2000 são as seguintes: (1) lei ordinária estabelece um bill of rights (HRA), contendo a maioria dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos; (2) obrigação do ministro da área responsável pela proposição de projeto de lei de declarar a compatibilidade ou não do PL com o HRA; (3) exigência que as cortes levarem em conta a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos [Section 6]; (4) o HRA vincula as cortes e o Executivo, mas não o Legislativo, admitindo que as cortes possam invalidar diretamente atos do Executivo violadores de direitos fundamentais; (5) obrigação das cortes interpretarem, na medida do possível, as normas e seus regulamentos derivados de acordo com o HRA [Section 3], porém detendo o poder de emitir declaração de incompatibilidade (DI) com o <i>bill of rights</i> , quando impossível a interpretação conforme o HRA, não afetando, entretanto, a validade da lei no caso concreto e abstrato [Section 4]; (6) a DI poderá dar origem a uma ação legislativa por parte do ministro da área responsável – emendar a norma ou suprimi-la do ordenamento –, utilizando-se de um regime de urgência, ou por parte do Parlamento através do processo legislativo ordinário. Analisando as diversas avaliações feitas por estudiosos sobre o impacto do HRA, Gardbaum chega a seguinte conclusão: O HRA está funcionando razoavelmente, tal como esperado, tendo os tribunais realizado um trabalho satisfatório na defesa dos direitos fundamentais, além de adotado uma abordagem balanceada no uso de seus poderes interpretativos e declaratórios. Contudo, o HRA criou certa supremacia judicial <i>de facto</i> , o que impede uma diferenciação do controle de constitucionalidade americano, como esperada. De modo geral, o HRA é reconhecido como tendo proporcionado uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais vis-à-vis o modelo anterior, segundo Gardbaum, de duas maneiras especiais: de um lado, há maior conscientização da sociedade, dos tribunais, do parlamento e do executivo sobre direitos fundamentais; e, de outro, os direitos são mais conhecidos e compreendidos, além de terem sido alargados, do que anteriormente. Sendo assim, o novo modelo atenderia plenamente o primeiro critério de sucesso. Em relação ao segundo critério, referente o balanceamento entre poderes, o HRA parece ter pendido para o poder judiciário, na visão de Gardbaum, o que demandaria maior <i>enforcement</i> da Section 4. De toda sorte, esse autor entende que o HRA está funcionando muito bem não apresentando um problema prático tal como o modelo canadense, embora não tendo a unanimidade de avaliação positiva como obtida pelo modelo neozelandês. <sup>152</sup>		

<sup>151</sup> Gardbaum, 2010: 178-183.

<sup>152</sup> Ibidem: 188-198.

NOVA ZELÂNDIA	<p>O modelo neozelandês tem como característica original a de que os direitos fundamentais foram fixados em legislação ordinária (NZBORA: <i>bill of rights</i>) em vez de serem constitucionalizados, além de conter um conjunto estreito de direitos civis e políticos, ao contrário dos demais países, derivado seletivamente da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, esta explicitamente afirmada como compromisso do Estado neozelandês. A proteção dos direitos fundamentais por meio de lei ordinárias é implementada por duas vias. A primeira decorre do escrutínio do procurador-geral sobre os projetos de leis de iniciativa do Executivo e do Legislativo, verificando sua compatibilidade com os direitos fundamentais. A segunda por meio do poder interpretativo dos tribunais, os quais deverão dar preferência às interpretações das normas que dizem respeito a direitos fundamentais que sejam consistentes com o significado dado pelo <i>bill of rights</i>, embora as cortes não tenham poder para invalidá-las ou torná-las ineficazes, salvo os atos do Poder Executivo (decretos), podendo, entretanto indicarem ou declaram que as leis sejam inconsistentes com o NZBORA. Somente o legislativo tem o poder legal de invalidar uma norma ou emendá-la considerada inconsistente com o <i>bill of rights</i>, tenha sido ela interpretada dessa forma ou não pelas cortes judiciais.</p> <p>A avaliação comparativa de Gardbaum considera que os direitos fundamentais são melhores protegidos após a edição do NZBORA, corroborando outras análises feitas que avaliam que os direitos relacionados aos procedimentos criminais e a liberdade de expressão vem tendo uma proteção robusta.<sup>153</sup></p>	
---------------	---	--

Fonte: Gardbaum, 2010.

Em síntese, a avaliação positiva do novo modelo de controle fraco de constitucionalidade implantado no Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia é descrita da seguinte forma por Gardbaum:

*In reassessing the new model in light of practice, this article has advanced three theses. First, the U.K. and New Zealand versions are working reasonably well with respect to both protecting rights and balancing judicial and legislative power. Second, from the perspective of the new model as a whole, the Canadian version suffers from a serious practical problem due to the near dormancy of section 33 and, however section 1 does or might operate, it is not a functional substitute. Third, one principal dilemma has emerged from experience under the new model [is the result of remedial concerns on the part of courts where they do not have the power to disapply rights incompatible statutes], to which I suggest the practical solution of the legislative remedy [is the presumption of a legislative remedy whenever the legislature agrees with the courts and amends or repeals the relevant statute]. In thus concluding that, overall, the new model has so far been moderately successful and distinctive in operation, this article has engaged and*

<sup>153</sup> Gardbaum, 2010: 183-188.

*challenged the major skeptical claims to the effect that practice is not living up to theory.*<sup>154</sup>

Essa avaliação positiva do controle fraco de constitucionalidade modelo se sustentaria? A próxima seção apresenta a visão cética de Rosalind Dixon.

#### 4.3 A VISÃO CÉTICA SOBRE O CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE

Para Rosalind Dixon, considerar a força do novo modelo vis-à-vis o modelo americano exigiria a avaliação prática daquele mostrando que ele efetivamente seria mais fraco, ou seja, haveria uma predominância acentuada do parlamento no controle de constitucionalidade, medida pelo número de casos em que o legislativo exerceu o seu poder de suprimir leis ou dispositivos do ordenamento jurídico.<sup>155</sup> Sem essa avaliação concreta do modelo, segundo Rosalind:

*[...] there can be no suggestion that the model of judicial review in these countries represents a new way of “balanc[ing] or reconcil[ing]” the perceived tension between individual rights protection by courts and democratic self-government which, as Gardbaum notes, “[i]s often thought to create the counter-majoritarian difficulty”.*<sup>156</sup> (grifo nosso).

Partindo dessa premissa, Rosalind realiza uma avaliação empírica dos modelos canadense, neozelandês e do Reino Unido, a qual é resumida no quadro a seguir:

<sup>154</sup> Gardbaum, 2010: 205. Tradução Livre: “Na avaliação do novo modelo, à luz de sua prática, esse artigo propõe três teses. Em primeiro lugar, as versões do Reino Unido e da Nova Zelândia estão funcionando razoavelmente bem em relação aos dois critérios de sucesso: proteção dos direitos fundamentais e equilíbrio do controle entre o poder judicial e legislativo. Em segundo lugar e a partir da perspectiva do novo modelo como um todo, o modelo canadense sofre de um sério problema prático devido ao não acionamento da Section 33, mesmo existindo o poder operativo da Section 1, embora esta não seja substituto funcional daquela. Em terceiro lugar, a existência de um dilema que surgiu a partir da experiência prática do novo modelo [dilema resultante da preocupação dos tribunais quando eles não possuem o poder para suprimir os direitos constantes de leis considerados incompatíveis com o bill of rights], para o qual sugiro um remédio legislativo prático [é o acionamento de um remédio legislativo presumido toda vez que o parlamento concorda com a decisão dos tribunais do imperativo de se emendar ou suprimir a norma inconstitucional].

Ao concluir, portanto, que, em geral, o novo modelo tem sido até agora moderadamente bem sucedido e distinto operacionalmente, este artigo empenhou-se e desafiou as críticas dos céticos de que o modelo seria consistente na teoria, porém um fiasco na prática.”

<sup>155</sup> Dixon, 2011: 7.

<sup>156</sup> Ibidem: 7-8.

**Quadro 10 - Avaliação empírica do controle fraco de constitucionalidade empreendida por Rosalind Dixon**

Modelo	Avaliação empírica: principais achados		
DA NOVA ZELÂNDIA	De 1990 a 2005, houve somente 13 casos em que os tribunais neozelandeses detectaram alguma forma de inconsistência entre o NZBORA e legislações específicas. Desses casos, apenas exigiu uma tentativa do Parlamento de atacar a decisão judicial, porém o próprio tribunal solucionou tal empreitada parlamentar, restringindo sua interpretação do NZBORA. Nas palavras de Dixon: “ <i>During this period, therefore, there was no instance in which Parliament sought, either by way of amendment, express or implied repeal or non-implementation, to make use of its formal power of legislative override.</i> ” <sup>157</sup>		
DO CANADÁ	No Canadá, entre 1982 a 2004, existiram 54 casos em que a corte suprema canadense declarou a inconstitucionalidade de legislações incompatíveis com o <i>bill of rights</i> . Somente em 14 desses casos os parlamentos esboçaram uma reação para vetar pelo menos parte da decisão da corte constitucional canadense. Porém, o uso formal do poder de veto dos parlamentos (Section 33) ocorreu apenas em um único caso. <sup>158</sup> Mesmo nesse caso, o parlamento dessa província adotou a decisão proferida pela corte constitucional após os cinco anos previstos na Section 33.		
DO REINO UNIDO	No período compreendido entre 1999 e 2004, houve 18 casos em que os tribunais ingleses identificaram <i>prima facie</i> a incompatibilidade de leis com o HRA (Sections 3 e 4). O quadro a seguir mostra os desdobramentos desses 18 casos:		
	<b>Casos</b>		<b>Desdobramentos</b>
	Section 3	Section 4	
	1	2	Intenção do Parlamento de anular a decisão, porém acabou simplesmente ajustando a norma à decisão judicial.
		5	O Parlamento aprovou legislação emendando o texto original ou delegando “remedial orders” (autorização para emissão de projetos de lei por ministros responsáveis pela área afetada pela decisão judicial sobre direitos humanos), com vistas a remover as incompatibilidades verificadas.
		1	O Parlamento simplesmente removeu o dispositivo considerado incompatível com a decisão judicial.
	6		Silêncio do Parlamento ou deferência à decisão judicial.
	2	1	O Parlamento aprovou legislação superando e indo além da incompatibilidade apontada pela decisão judicial.

Fonte: Dixon, 2011

<sup>157</sup> Dixon, 2011: 8-9.

<sup>158</sup> O caso foi *FORD v. QUEBEC*, em que a suprema corte canadense invalidou alguns dispositivos da carta de Québec sobre a língua francesa, que proibiam o uso da língua inglesa em identificações públicas, invalidando essa que foi derrubada pelo parlamento dessa província mediante a renovação legislativa dos mesmos dispositivos, baseando-se na competência conferida ao legislativo pela *Section 33*.

Diante dessa empiria, forçoso reconhecer, tal como Dixon, que os parlamentos da *Commonwealth* apenas utilizaram sua prerrogativa de anular uma decisão judicial específica em apenas um caso após a introdução do novo modelo: caso canadense. De acordo com essa autora, essa taxa de anulação seria equivalente àquela detectada no primeiro século da constituição americana.<sup>159</sup>

Além disso, Dixon acredita que a razão para a existência dessa taxa irrisória não seria que o modelo criaria um constrangimento legal ao trabalho dos tribunais no controle de constitucionalidade dos direitos fundamentais. Na realidade, tal efeito seria decorrente de uma ação voluntária dos tribunais no sentido de evitar qualquer deferência a eventuais sequelas legislativas dialógicas, afastando-se um segundo olhar pelos tribunais naqueles casos em que os parlamentos tentam anular a decisão judicial.<sup>160</sup>

Na visão de Dixon, a faculdade expressa dos parlamentos para anular decisões judiciais por votação majoritária simples pode, para alguns magistrados, ter o efeito de fornecer um suporte legal adicional, ou mesmo uma autorização, para que eles adotem uma decisão que demande necessariamente uma resposta parlamentar. Assim, o mecanismo formal de anulabilidade parlamentar da decisão judicial não seria apenas um meio de afastamento desta, mas adicionalmente uma fonte legal de suporte e incentivo para um modelo dialógico de constitucionalismo<sup>161</sup>, que compreenderia uma liberdade maior para os tribunais interpretarem a constituição num primeiro olhar, porém não numa segunda apreciação.<sup>162</sup>

De toda sorte, Dixon tem reserva a esse mecanismo de anulabilidade parlamentar da decisão judicial, pois ele pode proporcionar conexão com formas dialógicas de deferência pelos tribunais, quando estes examinam os casos numa segunda vez. Com efeito, esse segundo olhar complacente poderá, contrariamente, ser entendido como incentivo para que os parlamentos utilizem com mais frequência esse mecanismo. Mesmo porque é extremamente desgastante para os parlamentos utilizarem formalmente o seu poder de veto sobre as decisões dos tribunais, pois, quando o fazem, eles devem frequentemente exagerar o escopo de suas divergências com as cortes.<sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> Dixon, 2011: 12.

<sup>160</sup> Ibidem: 13.

<sup>161</sup> Esse modelo, que confere ao legislativo uma participação mais ativa no controle de constitucionalidade, promove verdadeiro diálogo entre o poder da representação popular - Legislativo e o poder da representação argumentativa - Judiciário. Nesta linha, o *controle de constitucionalidade democrático-dialógico* reconheceria a autoridade da dimensão ocupada pelos membros do Poder Legislativo e sua função condicionadora de decisões judiciais que afetem toda a coletividade formada por pessoas livres.

<sup>162</sup> Dixon, 2011: 21.

<sup>163</sup> Ibidem: 24



Nesse contexto e ao contrário de Gardbaum, Dixon entende que o controle fraco de constitucionalidade, sob o prisma de uma análise empírica e para além de uma análise reflexiva, parece não ter a capacidade, pelo menos na prática, de gerar os benefícios que normativamente esse novo modelo poderia teoricamente gerar.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Judicial review is a present instrument of government. It represents a choice that men have made, and ultimately we must justify it as a choice in our own time.*<sup>164</sup>

*For others among us, by contrast, the prospect of judicial sovereignty is no better than any other kind of sovereignty and considerably worse than forms of rule that are disciplined ultimately by accountability to the people. However inferior the judgments of the people seem to the judgments of a judge, we like the idea of self-governing republic and we are not at all sure that that is compatibility with the ultimate authority of courts in the Constitution.*<sup>165</sup>

A presente monografia, tal como enunciado na sua introdução, procurou examinar, nos capítulos que a compõe, o ataque severo de Waldron ao controle forte de constitucionalidade, as críticas favoráveis e opostas as ideias waldronianas e a verificação da hipótese do controle fraco de constitucionalidade como vetor de superação dessas críticas.

Esse ataque consistente de Waldron compõe-se de premissas chaves - bom funcionamento das instituições democráticas e desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos entre os membros da sociedade - para efetivar sua crítica central ao *judicial review*:

*I [Jeremy Waldron] am known as a critic of constitutional arrangements that empower unelected and unaccountable judges to strike legislation from the statute book or refuse to apply legislation that has been duly enacted in a representative assembly. I believe there are strong and compelling reasons — democratic reasons — against giving judges this authority.*<sup>166</sup>

Essa crença de Waldron tem como pressuposto básico a utilização de razões procedimentais e de resultados nos processos decisórios, para conferir ao Legislativo a

<sup>164</sup> Bickel, 1986: 16, *apud* Harel e Kahana, 2010: 227. Tradução livre: “O controle forte de constitucionalidade é um instrumento hodierno de governabilidade. Ele representa uma escolha elaborada por homens e mulheres, que em última instância deve ser justificada como uma escolha do nosso tempo presente.”

<sup>165</sup> Waldron, 2014: 1. Tradução livre: “Para outros como nós, ao contrário, a perspectiva da soberania do Judiciário no controle de constitucionalidade não é melhor do que qualquer outro tipo de soberania, porém é consideravelmente pior do que regramentos disciplinados, em última análise, pela exigência de prestação de contas ao povo. Reconhecendo que eventualmente o julgamento das pessoas possa ser inferior aos julgamentos realizados pelos magistrados, nós gostamos da idéia de autogoverno republicano, além de não estarmos seguros de que a palavra final sobre a interpretação da constituição deva ser feita pelos tribunais.”

<sup>166</sup> Ibidem: 4. Tradução livre: “Eu [Jeremy Waldron] sou reconhecido como um crítico do controle forte de constitucionalidade, que atribue aos magistrados não eleitos e não sujeitos a prestação de contas periódicas a competência de expurgarem do ordenamento jurídico normas e dispositivos contrários à Constituição ou de recusarem a aplicar a legislação que foi devidamente aprovada pelo Congresso. Eu acredito que há fortes e convincentes razões - razões democráticas - contrárias a conferir a juízes essa autoridade.”

supremacia no controle de constitucionalidade, conforme avaliação descrita no capítulo 2 desta monografia.

Waldron refuta, em especial, a crítica à tirania das majorias elaborada por aqueles que defendem o controle forte de constitucionalidade, clarificando os conceitos de minorias para confinar o problema apontado apenas na ocorrência de minorias discretas e insulares, o qual é mitigado quando presentes as hipóteses de bom funcionamento das instituições e de comprometimento da sociedade e dos governantes com o respeito aos direitos individuais e das minorias.

No terceiro capítulo, além de se demonstrar a repercussão robusta do artigo de Waldron sobre seu ataque ao *judicial review*, discorre-se sobre as críticas positivas e negativas de alguns autores relevantes sobre o texto de Waldron. Destacam-se, de um lado, os elogios ao artigo de Waldron por autores que vislumbram déficit democrático e mitigação da soberania popular no controle forte de constitucionalidade, proporcionados indiretamente por Maus e diretamente por Hutchinson e Aronson.

Por outro lado, examina-se, nesse mesmo capítulo, críticas robustas ao pensamento waldroniano, principalmente as elaboradas por parte de Fallon e Dworkin, aquele defendendo o controle forte de constitucionalidade por ser um mal menor e porque os direitos fundamentais devem ser *overenforced*, enquanto este o respaldando em nome de uma democracia solidária, contramajoritária essencialmente.

O quarto capítulo procura descrever um modelo alternativo entre o *judicial review* e o *legislative review* – o controle fraco de constitucionalidade –, apresentando a avaliação empírica desse modelo realizada por dois autores distintos: Dixon e Garbbaum.

A hipótese de adoção de um modelo alternativo parece mitigar os problemas do *judicial review* apontados por Waldron, pelo menos teoricamente, entretanto há divergências sobre tal benefício, quando se avalia os efeitos práticos na implementação do controle fraco de constitucionalidade em países da *Commonwealth*.

A percepção de Garbbaum da prática desse modelo nesses países, utilizando critérios de sucesso por ele elaborados, é a de que o modelo vem tendo um desempenho bastante razoável, em face de que os direitos fundamentais vem sendo mais bem protegidos, há uma maior conscientização da sociedade como um todo do imperativo dessa proteção e há um balanceamento político adequado entre os poderes legislativo e judiciário no controle de constitucionalidade.

Por sua vez, a avaliação de Dixon é de ceticismo quanto ao sucesso do novo modelo, chegando a afirmar que, na realidade, ele concedeu maior poder às cortes constitucionais e

aos tribunais, contrariando um resultado essencial previsto pela teoria que dá suporte a esse modelo: empoderamento do legislativo, autor da palavra final sobre o controle de constitucionalidade.

De qualquer forma, percebe-se nesse início de século vinte e um, contraditoriamente a tese de Waldron, uma expansão do controle forte de constitucionalidade em diversos países, inclusive no Brasil, enquanto que esse instituto está, teoricamente, sob sério e sustentável questionamento como visto anteriormente.<sup>167</sup>

Com efeito, parece ser bastante razoável supor que o imperativo do controle de constitucionalidade, tal como defendido por Waldron, seja demandado em determinadas circunstâncias – peculiaridades patológicas derivadas do fato de que as instituições representativas sejam disfuncionais e há legados de racismos e outras formas endêmicas de preconceitos - em que os custos de obscuridade e de não afirmação da representação política devam se suportados por um dado momento.<sup>168</sup>

Contudo, o grande debate sobre o imperativo o ou não do *judicial review* é, como tão bem apontado por Dworkin, travado a partir da conceituação que se tem de democracia. Parece ser crucial, para observamos a imperatividade ou não da do controle forte de constitucionalidade, avaliar criteriosamente os paradigmas de democracia e de processos de decisão coletiva adotados, com vistas a determinar-se a legitimidade e a igualdade política necessárias ao instituto em exame.

Não obstante, não se pode negar a popularidade, conforme observado por Tushnet, hoje alcançada pelo controle de constitucionalidade, a qual parece ser fruto mais de resignação da sociedade ao fato de que as maiorias democráticas não tem tido sucesso em derrubar a dominação de elites políticas nos parlamentos do que um suporte refletido sobre a positividade desse instituto.<sup>169</sup> Para confirmar esse seu *insight*, Tushnet afirma que o ataque ao *judicial review*: “[...] *would then best be understood less as a free-standing criticism of a single institutional arrangement, and more as one plank in a platform calling for reforms that would reduce elite domination of the political process.*”<sup>170</sup>

Decerto, formas mais fracas de controle de constitucionalidade aproximariam bastante o pensamento dos autores defensores e críticos desse instituto. Com efeito, o professor Waldron apresenta uma síntese dessas formas:

---

<sup>167</sup> Hutchinson, 2008: 64.

<sup>168</sup> Waldron, 2006: 1406.

<sup>169</sup> Tushnet, 2009: 16

<sup>170</sup> Ibidem. Tradução livre: “[...] [o ataque ao controle forte de constitucionalidade] seria então melhor compreendido não como uma crítica infundada sobre um singular arranjo institucional, mas sim como uma plataforma para demandar reformas que podem reduzir a dominação das elites no processo político.”

*In a system of weak judicial review, by contrast, courts may scrutinize legislation for its conformity to individual rights but may not decline to apply it (or moderate its application) simply because rights would otherwise be violated. Nevertheless, their scrutiny may have some effect.*<sup>171</sup>

Destacam-se, para efeito ilustrativo, os modelos canadenses e do Reino Unido de controle fraco de constitucionalidade, sintetizados por Virgílio da seguinte forma:

No caso canadense, porque o legislador pode, após uma decisão judicial de inconstitucionalidade, re-promulgar a lei declarada inconstitucional e imunizá-la temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade (e renovar, se quiser, essa “imunidade” a cada cinco anos). No caso inglês, as decisões de controle de constitucionalidade, instituído pelo Human Rights Act, de 1998, não vinculam totalmente o legislador, sendo apenas decisões de incompatibilidade, mas não de invalidade.<sup>172</sup>

Caberia acrescentar que o ataque robusto desferido por Waldron ao controle de constitucionalidade talvez padeça, de outra monta, do mesmo mal que ele invoca: o Poder Legislativo, tal como ele afirma que acaba acontecendo com a Suprema Corte, elabora e decide sobre normas relativas a direitos fundamentais de forma também bastante abstrata.

Assim, poder-se-ia defender, como Eylon e Harel, que o imperativo do *judicial review* deriva do fato que ele proporciona um direito a uma audiência individualizada, isto é, todo o cidadão tem o direito ao controle de constitucionalidade decorrente do direito de expressar uma insatisfação, uma queixa individualizada; indo mais longe, o direito de ser ouvido.<sup>173</sup>

A concepção do *judicial review* atrelada a uma conceituação democrática e como direito de ser ouvido parece corroborar a ideia de Haberle de que o controle de constitucionalidade por uma Suprema Corte, no qual todo e qualquer cidadão é interprete da constituição, implicaria a impotência do poder político condicionar a força da interpretação de direitos fundamentais em conflito, pois todos os cidadãos igualmente e individualmente teriam essa competência condicionante.

---

<sup>171</sup> Waldron, 2014: 8-9. Tradução livre: “Num sistema de controle fraco de constitucionalidade, pelo contrário, os tribunais podem examinar a legislação sobre direitos individuais confrontando-a com os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, mas não pode recusar a sua aplicação (ou moderar a sua aplicação), simplesmente porque os direitos de outra forma seriam violados. No entanto, o seu controle poderá ter algum efeito [dependendo da ação legislativa].”

<sup>172</sup> Silva, 2009: 213.

<sup>173</sup> Eylon e Harel, 2006: 1021.

Nesse contexto, a força interpretativa seria definida pela sociedade plural por meio de mecanismos institucionais de participação, tais como: audiências públicas, instrumentos de busca da justiça e não da melhor técnica-jurídica (a Ação de Descumprimento de Princípio Fundamental – ADPF seria um exemplo), interpretação conforme a Constituição, *amicus curiae*, mídia, etc. Com efeito, a corte constitucional seria apenas o agente (canal) formal competente de interpretação que faz valer a voz do “*We the People*”.

Essa é também a voz que Waldron quer defender, pregando a supremacia do Poder Legislativo, ao negar o controle de constitucionalidade por uma Suprema Corte. Quem teria razão? A resposta mais definitiva dessa pergunta ficará para uma próxima reflexão, pois o teste da hipótese de adoção do controle fraco de constitucionalidade – meio termo entre as duas concepções extremas do controle de constitucionalidade e eventual resposta para o questionamento levantado - ainda é inconcluso, pelo menos na avaliação empírica dos autores estudados.

Por fim, cabe registrar que mesmo após oito anos da publicação de seu, no mínimo, polêmico texto, Waldron continua firme no seu ataque ao *judicial review*, senão vejamos:

*I hope that by emphasizing these three dimensions [rule of law, self-government and popular sovereignty] and the connections between them, I have been able to indicate why judicial supremacy, or a tilting of judicial review in the direction of judicial supremacy, must be regarded as a distinctive evil a country's institutional arrangements.*<sup>174</sup>

---

<sup>174</sup> Waldron, 2014: 43. Tradução livre: “Espero que ao enfatizar essas três dimensões [Estado de Direito, autogoverno e soberania popular] e as conexões entre elas, eu tenho sido capaz de mostrar que a supremacia judicial, ou uma inclinação do controle forte de constitucionalidade no caminho da supremacia judicial, deve ser considerada como sendo um traço maligno da arquitetura institucional de um país.”

## REFERÊNCIAS

1. Allan, J. (2008). "Jeremy Waldron and the Philosopher's Stone." *San Diego L. Rev.*, 45, 133.
2. Aronson, O. (2010). "Inferiorizing Judicial Review: Popular Constitutionalism in Trial Courts." *University of Michigan Journal of Law Reform*, 43(4), 971.
3. Barroso, L. R. (2012). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Cadernos [SYN] THESIS*, 5(1), 23-32.
4. Butt, Daniel (2006). "Democracy, the Courts and the making of public policy." Disponível em: <[http://www.fljs.org/uploads/documents/Butt\\_Policy\\_Brief%232%23.pdf](http://www.fljs.org/uploads/documents/Butt_Policy_Brief%232%23.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2014.
5. Eylon, Y., & Harel, A. (2006). The right to judicial review. *Virginia Law Review*, 991-1022.
6. Dixon, R. (2011). "Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism." *University of Chicago, Public Law Working Paper*, (348), 1-31.
7. Dworkin, Ronald. (2006). "Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate." *Princeton: Princeton University Press*.
8. \_\_\_\_\_. (2011). "Justice for Hedgehogs." *Harvard: Harvard University Press*.
9. Fallon Jr, R. H. (2008). "The Core of an Uneasy Case for Judicial Review." *Harvard Law Review*, 1693-1736.
10. Fernandes, D. (2007). Uma solução democrática para o dilema discursivo. *Dia*, 21/2, 215-232.
11. Flores, I. (2010). Ronald Dworkin's Justice for Hedgehogs and Partnership Conception of Democracy (With a Comment to Jeremy Waldron's 'A Majority in the Lifeboat'). Disponível em: [http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2127&context=facpub&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fq%3Ddworkin%2B%252B%2Bhedgehogs%26btnG%3D%26hl%3Den%26as\\_sdt%3D0%252C5#search=%22dworkin%20%2B%20hedgehogs%22](http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2127&context=facpub&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fq%3Ddworkin%2B%252B%2Bhedgehogs%26btnG%3D%26hl%3Den%26as_sdt%3D0%252C5#search=%22dworkin%20%2B%20hedgehogs%22). Acesso em: jul. 2014.
12. Gardbaum, S. (2010). "Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism." *International Journal of Constitutional Law*, 8(2), 167-206.
13. Halley, M. (2009). "La vie en rose: Jeremy Waldron and Richard Fallon's meander through the wonderland of judicial review." *Cardozo Law Review De Novo*, 2009, 218-284.
14. Harel, A., & Kahana, T. (2010). "The easy core case for judicial review." *Journal of Legal Analysis*, 2(1), 227-256.
15. Hutchinson, A. C. (2008). "A Hard Core Case Against Judicial Review." In *Harvard Law Review Forum* (Vol. 121, p. 57).
16. Karlan, P. S. (2012). "The Supreme Court." *Harvard Law Review*, 126, 1.
17. Macedo, S. (2010). "Against Majoritarianism: Democratic Values and Institutional Design." *Boston University Law Review*, 90, 1029-1042.
18. Maus, I. (2000). Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Novos estudos CEBRAP*, 58.
19. PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. (2010). Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. Disponível em: [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/656/Direito%20Publico%20n312010\\_Jose%20Guilherme%20Berman%20Correa%20Pinto.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/656/Direito%20Publico%20n312010_Jose%20Guilherme%20Berman%20Correa%20Pinto.pdf?sequence=1). Acesso em: jul.2014.

20. Prakash, S. B., & Yoo, J. C. (2003). "The Origins of Judicial Review." *The University of Chicago Law Review*, 887-982.
21. Robertson, J.A. (2003). "Introduction 'Paying the Alligator': Precommitment in Law, Bioethics, and Constitutions." *Texas Law Review*, 84, 3, 1729-1730.
22. Rosen, M. D. (2012). "The Structural Constitutional Principle of Republican Legitimacy." *William & Mary Law Review*, 54, 371-454.
23. Siegel, J. R. (2012). "Institutional Case for Judicial Review, The." *Iowa L. Rev.*, 97, 1147.
24. Silva, V. A. D. (2009). O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, 250, 197-227.
25. Shapiro, F. R., & Pearce, M. (2011). "The Most-Cited Law Review Articles of All Time." *Michigan Law Review*, Vol. 110, 1483.
26. Strauss, D. A. (2010). "Is Carolene Products Obsolete?" *University of Illinois Law Review*, 1251-1269.
27. Tushnet, Mark. "How Different are Waldron's and Fallon's Core Cases For and Against Judicial Review?" *Oxford Journal of Legal Studies* 30.1 (2010): 49-70.
28. Waldron, J. (2006). "The Core of the Case against Judicial Review." *Yale Law Journal*, 115, 1346-1406.
29. \_\_\_\_\_. (2010). "A Majority in the Lifeboat." *Boston University Law Review*, 90, 1043-1057.
30. \_\_\_\_\_. (2014). "Judicial Review and Judicial Supremacy". Disponível em: <http://www.catolicallaw.fd.lisboa.ucp.pt/download/en/judicial-review-and-judicial-supremacy-jeremy-waldron.pdf>. Acesso em: nov. 2014.